



Centro Universitário de Brasília  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

**ODENIR RODRIGUES VIDAL**

**A LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS  
FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO  
TRATAMENTO FAVORECIDO ÀS MICRO E PEQUENAS  
EMPRESAS**

**Brasília  
2011**

**ODENIR RODRIGUES VIDAL**

**A LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS  
FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO  
TRATAMENTO FAVORECIDO ÀS MICRO E PEQUENAS  
EMPRESAS**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB.

Orientador: Prof. Marlon Tomazette.

**Brasília  
2011**

VIDAL, Odenir Rodrigues.

A lei de recuperação de empresas e falências frente ao princípio constitucional do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas. / Brasília: Odenir Rodrigues Vidal. Brasília: UniCEUB, 2011.

103 f.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB. Orientador: Prof. Marlon Tomazette.

1. Direito empresarial. 2. Recuperação judicial.
3. Microempresa. 4. Empresa de pequeno porte.
5. Proteção constitucional.

**ODENIR RODRIGUES VIDAL**

**A LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS  
FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO  
TRATAMENTO FAVORECIDO ÀS MICRO E PEQUENAS  
EMPRESAS**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB.

Orientador: Prof. Marlon Tomazette.

Brasília, Maio de 2011.

Banca Examinadora

---

Prof. Marlon Tomazette.

---

Prof. Luis Antonio Winckler Annes

---

Prof. Marcelo de Barros Barreto

Aos amados Maria Alice, Júlia e Adriano, que me sustentam com o seu amor, incentivo e compreensão.

## **AGRADECIMENTO**

Ao Criador por me destinar uma esposa, filhos, pais, irmãos, demais familiares e muitos amigos que sempre estão ao meu lado.

Ao professor Marlon, que me honrou com o compartilhamento do seu extraordinário conhecimento e com o apoio para a realização deste trabalho.

Aos amigos do UniCEUB, que fazem a jornada muito mais agradável.

## RESUMO

As micro e pequenas empresas ainda não encontram a devida tutela legal prevista na Carta Magna, especialmente, quando atravessam períodos de dificuldades econômico-financeiras que colocam em risco a sua sobrevivência. A Lei nº 11.101/2005, em seus seis anos de vigência, demonstra reduzida eficácia para a recuperação dos pequenos empreendimentos em crise, pois, neste caso, seus mecanismos de aplicação geral são por demais complexos e onerosos. Por sua vez, as alternativas desta lei, destinadas exclusivamente ao soerguimento das empresas de pequeno porte, se apresentam limitadas e insuficientes para o cumprimento da sua missão. O presente trabalho teve por objetivo mapear o universo desse importante segmento empresarial e as suas demandas por tratamento legal diferenciado, de forma a identificar alternativas que possam ser agregadas ao conjunto normativo brasileiro. Para tanto, foram analisadas informações e dados estatísticos oficiais e do setor privado, o arcabouço legal pertinente, as inerentes legislações estrangeiras de países com relevância para o assunto, o posicionamento da doutrina e da jurisprudência nacionais, além das principais propostas legislativas sobre a matéria em fase de tramitação no Congresso Nacional. Ao final, evidente a necessidade de evolução da legislação concursal para que o princípio constitucional do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas possa efetivamente ser atendido.

**Palavras-chave:** Direito empresarial; Recuperação judicial; Microempresa; Empresa de pequeno porte; Proteção constitucional.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS BRASILEIRAS .....</b>	<b>15</b>
<b>1.1 Contexto .....</b>	<b>15</b>
<b>1.2 Definição legal de MPE .....</b>	<b>17</b>
<b>1.3 O regime tributário diferenciado – Simples Nacional .....</b>	<b>17</b>
<b>1.4 Empreendedorismo no Brasil.....</b>	<b>21</b>
<b>1.5 Pesquisa sobre a sobrevivência e a mortalidade de MPEs, realizada pelo SEBRAE/SP .....</b>	<b>23</b>
<b>1.6 Do monitoramento – 1997 a 2008.....</b>	<b>24</b>
1.6.1 Abertura e fechamento anual de empresas .....	25
1.6.1.1 Das taxas de mortalidade – comparativos bienais .....	26
1.6.1.2 Principais causas de mortalidade das MPEs .....	28
1.6.1.3 Motivação para abertura das empresas, fontes dos recursos e fatores que contribuíram para o insucesso das iniciativas.....	29
1.6.1.4 Fechamento das empresas, destino dos recursos investidos e fatores que poderiam ter evitado o encerramento das atividades.....	30
1.6.2 Estimativa do custo social de fechamento das MPEs paulistas .....	31
1.6.3 Conclusões e recomendações da pesquisa do SEBRAE/SP.....	32
<b>1.7 O universo das MPEs e a demanda por tratamento legal diferenciado .....</b>	<b>35</b>
<b>2 A LEI 11.101/2005 E A TUTELA LEGAL ESPECÍFICA PARA A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS EM DIFICULDADES.....</b>	<b>37</b>
<b>2.1 A origem da Lei 11.101/2005 .....</b>	<b>38</b>
2.1.1 A evolução temporal do tratamento da insolvência .....	38
2.1.2 A legislação falencial brasileira .....	40
2.1.3 Críticas ao processo de elaboração da nova lei falencial .....	41
2.1.4 A recuperação judicial.....	42
2.1.5 Natureza jurídica .....	43
2.1.6 Princípios.....	45
2.1.7 O processo de recuperação judicial .....	47
2.1.7.1 A fase postulatória .....	47
2.1.7.2 A fase de deliberação .....	48
2.1.7.3 A fase de execução .....	49
<b>2.2 A recuperação extrajudicial .....</b>	<b>49</b>
2.2.1 A modalidade facultativa .....	51
2.2.2 A modalidade obrigatória.....	52
2.2.3 A viabilidade da opção pela recuperação extrajudicial .....	54
<b>2.3 A Recuperação Judicial Especial - RJE .....</b>	<b>55</b>



2.3.1	O art. 70 da nova lei falencial e a proteção constitucional às MPEs.....	55
2.3.1.1	Enquadramento no art. 70 da LRE.....	57
2.3.1.2	Créditos sujeitos à RJE .....	58
2.3.1.3	Prazo de 36 meses e os juros de 12% ao ano mais a correção monetária.....	59
2.3.2	Limitações do plano especial de Recuperação Judicial .....	59
<b>2.4</b>	<b>A convolação em falência.....</b>	<b>60</b>
<b>3</b>	<b>AS ADEQUAÇÕES NA LEGISLAÇÃO FALENCIAL PARA A EFETIVAÇÃO DO CONSTITUCIONAL TRATAMENTO FAVORECIDO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS .....</b>	<b>62</b>
<b>3.1</b>	<b>A aderência principiológica e as perspectivas da lei falencial.....</b>	<b>62</b>
<b>3.2</b>	<b>A legislação recuperacional francesa.....</b>	<b>65</b>
3.2.1	Tratamento não judicial de dificuldades das empresas .....	66
3.2.1.1	Direito de alerta .....	66
3.2.1.2	Mandato <i>ad hoc</i> .....	67
3.2.1.3	Conciliação .....	67
3.2.2	Tratamento judicial de dificuldades das empresas .....	68
3.2.2.1	Salvaguarda.....	68
3.2.2.2	Recuperação Judicial .....	69
3.2.2.3	Liquidação judicial .....	69
3.2.3	Pontos de reflexão para a doutrina brasileira .....	69
3.2.3.1	Pessoas submetidas ao direito das empresas em dificuldade.....	69
3.2.3.2	Legitimidade para a demanda estatal .....	70
3.2.3.3	Tratamento dos créditos trabalhista e fiscal.....	70
3.2.3.4	A sorte dos dirigentes .....	71
<b>3.3</b>	<b>Aspectos da legislação recuperacional em outros países .....</b>	<b>72</b>
3.3.1	Estados Unidos.....	72
3.3.2	Alemanha .....	75
3.3.3	Portugal .....	77
<b>3.4</b>	<b>O regime de insolvência no direito mercantil internacional .....</b>	<b>78</b>
<b>3.5</b>	<b>O Congresso Nacional e as propostas legislativas para as micro e pequenas empresas .....</b>	<b>80</b>
3.5.1	O Projeto de Lei Complementar – PLP-591/2010 – altera a LC 63/1990, a LC 123/2006 e a Lei 11.101/2005.....	81
3.5.1.1	Alterações propostas para a Lei Complementar nº 63/1990.....	81
3.5.1.2	Alterações propostas para a Lei Complementar nº 123/2006 – Estatuto das MPEs .....	81
3.5.1.3	Alterações propostas para a Lei nº 11.101/2005.....	83
3.5.1.4	Considerações sobre as proposições do PLP-591/2010.....	84

3.5.2 O Projeto de Lei – PL-865/2011 – criação da Secretaria da Micro e Pequena Empresa.....	84
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>86</b>
<b>ANEXO A - QUADRO 1 – CONSTITUIÇÃO DE EMPRESAS NO ESTADO DE SÃO PAULO E ESTIMATIVA DE EMPRESAS ENCERRADAS.....</b>	<b>94</b>
<b>ANEXO B - QUADRO 2 – COMPARATIVO DE TAXAS DE MORTALIDADE: ESTUDOS BIENNAIS .....</b>	<b>95</b>
<b>Fonte: sebrae/spANEXO C - QUADRO 3 – PRINCIPAIS CAUSAS DA MORTALIDADE DAS EMPRESAS PAULISTAS (RESUMO).....</b>	<b>95</b>
<b>ANEXO C - QUADRO 3 – PRINCIPAIS CAUSAS DA MORTALIDADE DAS EMPRESAS PAULISTAS (RESUMO).....</b>	<b>96</b>
<b>ANEXO D - QUADRO 4 – FALTA DE PLANEJAMENTO ANTES DA ABERTURA (2003 A 2007): ELEMENTOS DESCONSIDERADOS .....</b>	<b>97</b>
<b>ANEXO E - QUADRO 5 – FATOR MAIS IMPORTANTE PARA A SOBREVIVÊNCIA DAS EMPRESAS (NA AVALIAÇÃO DOS ENTREVISTADOS).....</b>	<b>98</b>
<b>ANEXO F - QUADRO 6 – MOTIVOS ALEGADOS PELAS EMPRESAS ENCERRADAS PARA O FECHAMENTO DO NEGÓCIO.....</b>	<b>99</b>
<b>ANEXO G - QUADRO 7 – DESTINO DOS RECURSOS INVESTIDOS (APENAS EMPRESAS “ENCERRADAS”) .....</b>	<b>100</b>
<b>ANEXO H -QUADRO 8 – ESTIMATIVA DO CUSTO SOCIAL DO FECHAMENTO DAS EMPRESAS PAULISTAS .....</b>	<b>101</b>
<b>ANEXO I - QUADRO 9 – AÇÕES NECESSÁRIAS PARA A REDUÇÃO DA MORTALIDADE DE EMPRESAS .....</b>	<b>102</b>
<b>ANEXO J - QUADRO 10 – FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS- TOTAL DE OCORRÊNCIAS.....</b>	<b>103</b>

## INTRODUÇÃO

A Carta Magna Brasileira<sup>1</sup> de 1988 consagrou, de forma inequívoca, o Princípio do Favorecimento às Micro e Pequenas Empresas no seu art. 170, inciso IX, ao determinar tratamento privilegiado para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A intenção cristalina do constituinte de prover tratamento favorecido às Micro e Pequenas Empresas – MPEs decorre do reconhecimento da importância social e econômica das MPEs e, também, da sua vulnerabilidade estrutural para competir nos mercados em igualdade de condições com concorrentes de maior porte.

Por seu turno, a Lei nº 11.101/2005<sup>2</sup> (Lei de Recuperação de Empresas – LRE) veio, depois de mais de uma década de discussão no Congresso Nacional, revogar a ultrapassada Lei de Falências e Concordatas<sup>3</sup> (Decreto-Lei nº 7.661/1945) e instalar novos institutos, como a recuperação judicial e a extrajudicial do empresário e da sociedade empresária, e consolidar posição principiológica que a doutrina e a jurisprudência já vinham adotando, ou seja, a da proteção das empresas.

Neste sentido, o legislador definiu, no art. 47 da LRE, que a recuperação judicial objetiva viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor e permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Já na Seção V - Do Plano de Recuperação Judicial para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - da LRE, estão listadas as condições para a Recuperação Judicial Especial - RJE, destinada exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte.

A instituição do Plano Especial de Recuperação pela LRE, com requisitos aparentemente mais simples, na prática, não veio suprir as principais demandas das MPEs em

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005.

<sup>2</sup> Idem. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>. Acesso em: 05 out. 2010.

<sup>3</sup> Idem. *Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945*. Lei de Falências. Brasília, 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del7661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm)>. Acesso em: 05 out. 2010.

dificuldades. Seu conjunto de regras, como a inclusão apenas dos créditos quirografários, a imposição de juros de 12% ao ano mais correção monetária para os parcelamentos - cuja parcela inicial não poderá ultrapassar 180 dias - e a não suspensão do curso da prescrição e nem de ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano, em vez de favorecer, se tornaram obstáculos adicionais para as candidatas ao processo de recuperação.

É certo que as MPEs dispõem da faculdade de optar pela Recuperação Judicial normal da LRE, entretanto, seus requisitos e procedimentos se apresentam por demais complexos e onerosos, considerando-se o perfil das pequenas empresas.

De forma inevitável, a legislação falencial instalou controvérsias nos meios empresariais e doutrinários, com a conseqüente chegada dos temas ao judiciário, instância pacificadora das lides por natureza, sendo que a jurisprudência sobre a matéria ainda é incipiente.

O Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte<sup>4</sup> (LC 123/2006) definiu as normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente, no que se refere ao regime tributário, às obrigações trabalhistas e previdenciárias, do acesso ao crédito e ao mercado, além da preferência nas aquisições de bens e serviços por parte Poderes Públicos, fatores que têm demonstrado considerável aceitação e eficácia.

O Brasil tem se destacado internacionalmente pela sua capacidade empreendedora, com destaque para a constituição de micro negócios. Infelizmente, mais da metade das novas empresas deixaram de existir no decorrer dos seus primeiros cinco anos, segundo dados do SEBRAE/SP<sup>5</sup>, considerando-se estudo posicionado nos anos de 2007/2008.

---

<sup>4</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nos 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm)>. Acesso em: 05 out. 2010.

<sup>5</sup> SEBRAE-SP. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

Segundo informações do SEBRAE/SP<sup>6</sup>, o número de micro e pequenas empresas encerradas no Estado de São Paulo em 2008 foi de 84.415. Em nível nacional, menos que duas centenas de pequenas empresas requereram e metade obteve deferimento do seu pedido de recuperação judicial, sendo que 900 MPEs tiveram sua falência decretada no ano de 2008, de acordo com dados da empresa Serasa Experian<sup>7</sup>, o que denota pouca efetividade da lei falencial.

O presente trabalho monográfico objetiva avaliar a eficácia da tutela legal para a recuperação das micro e pequenas empresas - principalmente sob o enfoque constitucional - e apontar alternativas para otimização do respectivo arcabouço legal destinado às MPEs.

O capítulo primeiro se dedica ao mapeamento das origens e do universo das micro e pequenas empresas brasileiras, suas forças e fraquezas, em seus aspectos legais e nas atividades negociais, considerando-se o ambiente de um mercado empresarial cada vez mais ágil, globalizado e competitivo.

Neste contexto, o minucioso trabalho levado a cabo pelo SEBRAE/SP<sup>8</sup>, envolvendo um período de 12 anos de monitoramento do segmento (1997 a 2008), e a sua versão anterior<sup>9</sup>, revelam preciosas informações, especialmente, acerca dos fatores determinantes para a mortalidade ou sobrevivência das MPEs.

No segundo capítulo, a atual legislação de falências será objeto de observação analítica frente ao princípio constitucional do tratamento favorecido às MPEs, assim como, com relação aos principais desafios e entraves vivenciados pelos pequenos empreendimentos.

---

<sup>6</sup> SEBRAE-SP. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

<sup>7</sup> SERASA EXPERIAN. *Falências, recuperações judiciais e concordatas: total de ocorrências*. São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias\\_concordatas.htm](http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> SEBRAE-SP. *10 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2008. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/livro\\_10\\_anos\\_mortalidade.pdf](http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/livro_10_anos_mortalidade.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2010.

Os reclames da classe empresária, os apontamentos da doutrina e a jurisprudência que começa a se formar, identificam pontos nevrálgicos e possíveis caminhos a trilhar.

Por fim, o terceiro capítulo trata de possíveis alternativas para os principais problemas identificados ao longo do estudo, utilizando-se, para tanto, da observação de pertinentes legislações estrangeiras que possam referenciar processo de otimização do sistema brasileiro, da análise das propostas legislativas mais relevantes para viabilização do princípio constitucional protetivo das MPEs e de outros elementos colhidos que possibilitaram as conclusões do presente trabalho.

# 1 AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS BRASILEIRAS

## 1.1 Contexto

O Brasil conheceu, recentemente, os resultados do Censo 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE<sup>10</sup>, sendo que a população total somou 190.732.694 de habitantes nos, aproximados, 67,4 milhões de domicílios nos 5.565 municípios que integram os 26 estados da federação mais o Distrito Federal.

Característica comum a qualquer ponto do território nacional, da maior metrópole ao menor e mais longínquo agrupamento de pessoas é a existência de pequenos empreendimentos comerciais, industriais e de prestação de serviços.

Estes micro negócios não só garantem o suprimento das demandas das pessoas, como exercem papel vital na economia ao responder pela maior parcela dos empregos formais do País, representando, historicamente, a maior fonte de oportunidade de trabalho para os jovens iniciantes, para os de maior idade e, às vezes, a quase exclusiva alternativa de trabalho no setor privado em locais mais remotos.

O sítio MPE Data<sup>11</sup> ([www.mpedata.com.br](http://www.mpedata.com.br)), mantido pelo SEBRAE Nacional na internet, contém dados, estatísticas e estudos oficiais sobre a área dos pequenos empreendimentos, indicando que eram 5,98 milhões as MPEs legalizadas no ano de 2009 e que estas empregavam 13,03 milhões de trabalhadores com carteira assinada em 2008 (fonte: RAIS/MTE).<sup>12</sup>

Segundo estudo produzido pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE e pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos

<sup>10</sup> IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo 2010*: população do Brasil é de 190.732.694 pessoas. [S.l.], 2010. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1766](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1766)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

<sup>11</sup> SEBRAE. *MPEData*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.mpedata.com.br/Paginas/mpeinternet.aspx>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

<sup>12</sup> Relação Anual de Informações Sociais – RAIS, instituída pelo Decreto nº 76.900, de 23/12/75, e administrada pelo Ministério do Trabalho e Emprego - MTE. Ibidem.

Socioeconômicos - DIEESE<sup>13</sup>, as micro e pequenas empresas, no intervalo entre 2000-2008, representavam 99,0% das empresas legalmente constituídas no Brasil e foram responsáveis por, aproximadamente, 54% das vagas na economia formal, resultando na geração de 9,0 milhões de empregos no período, o que corresponde à média de 1,131 milhão de postos por ano. O mesmo trabalho, reportando-se a dados do IBGE, informa a existência de 10,3 milhões de pequenos empreendimentos informais no ano de 2003.

Não por acaso, o novo governo iniciado em Janeiro deste ano enviou projeto de lei (PL 865/2011)<sup>14</sup> ao Congresso Nacional para criação da Secretaria da Micro e Pequena Empresa, com status de ministério, que se encarregará da formulação, coordenação e articulação de políticas e diretrizes para o apoio às MPEs.

A mandatária do País consignou na mensagem de envio do citado projeto de lei ao Congresso que “[...] É com o propósito de articular as ações direcionadas a esse segmento empresarial, de reconhecida importância para a economia nacional, especialmente na criação de empregos, que se entende ser necessária a criação do órgão [...]”.<sup>15</sup>

A expectativa da sociedade brasileira se sustenta na constatação de que políticas públicas mais eficazes podem garantir a migração para a formalidade de grande contingente de iniciativas que estão à margem da legalidade, o desenvolvimento consistente dos pequenos negócios formais já existentes e, por conseqüência, considerável impulso para a economia do País como um todo.

---

<sup>13</sup> SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Org.). *Anuário do trabalho na micro e pequena empresa*: 2009. 3. ed. Brasília: SEBRAE; DIEESE, 2010. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/customizado/estudos-e-pesquisas>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

<sup>14</sup> CÂMARA FEDERAL. *Projeto de lei 865/2011*. Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria da Micro e Pequena Empresa, cria cargo de Ministro de Estado e cargos em comissão, e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=496725](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=496725)>. Acesso em: 15 abr. 2011.

<sup>15</sup> Idem. *Mensagem n. 85*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/854920.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2011.



## 1.2 Definição legal de MPE

Para caracterização e enquadramento, se utiliza como conceito legal de MPE o definido no caput do art. 3º, da Lei Complementar nº 123/2006:

[...] consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas [...].

Devendo ser observados os seguintes limites:

- Microempresa (ME) é a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário (individual) que, no ano-calendário anterior, auferiu receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00;
- Empresa de pequeno porte (EPP) é a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário (individual) que, no ano-calendário anterior, auferiu receita bruta superior a R\$ 240.000,00 e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00.

## 1.3 O regime tributário diferenciado – Simples Nacional

A partir dos artigos 146, 170 e 179 da Constituição Federal surgiram várias leis concedendo benefícios para as microempresas e empresas de pequeno porte. A União instituiu a Lei 9.317, de 1996, criando o SIMPLES, um sistema simplificado de recolhimento de tributos e contribuições federais que, mediante convênio, poderia abranger os tributos devidos aos Estados e aos Municípios.

Os Estados preferiram não aderir ao SIMPLES e instituíram regimes próprios de tributação, o que acabou resultando em 27 tratamentos tributários diferentes em todo o Brasil. Poucos Municípios aderiram ao SIMPLES federal e a maioria não estabeleceu qualquer benefício para as microempresas e empresas de pequeno porte estabelecidas em seus territórios.

O Estatuto Federal das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, aprovado pela Lei 9.841, de 1999, instituiu benefícios nos campos administrativos,

trabalhista, de crédito e de desenvolvimento empresarial. Esses benefícios estavam limitados à esfera de atuação do Governo Federal porque lei ordinária federal não pode obrigar os Estados e os Municípios.

O artigo 146, III, “d” da Constituição Federal<sup>16</sup> facultou a lei complementar estabelecer um regime nacional único de arrecadação para incorporar os tributos devidos pelas micro e empresas de pequeno porte à União, aos Estados e aos Municípios. São indicadas no parágrafo único, do artigo 146, características para observação, a saber:

- a) Ser opcional para o contribuinte;
- b) Permitir condições de enquadramento diferenciadas por Estado;
- c) Unificar e centralizar o recolhimento dos tributos, com distribuição imediata da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados, sem qualquer retenção ou condicionamento;
- d) Possibilitar o compartilhamento, pelos entes federados, da arrecadação, da fiscalização e cobrança, quando adotado o cadastro nacional único de contribuintes.

Em 2004, para regulamentar esse dispositivo da Constituição, foi apresentado à Câmara dos Deputados um projeto que acabou resultando na Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, que criou o Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

A Lei Complementar 123/2006, segundo seu artigo 1º, foi instituída com o objetivo de estabelecer normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às micro e pequenas empresas, no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

---

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005.

- I. À apuração e recolhimento dos impostos e contribuições federais, estaduais e municipais, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;
- II. Ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;
- III. Ao acesso ao crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, tecnologia, associativismo e regras de inclusão.

A Lei Complementar 123/2006 foi posteriormente alterada pela Lei Complementar 127, de 14 de agosto de 2007. As alterações no texto inicial do Novo Estatuto tiveram como objetivos principais o aperfeiçoamento do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional.

O Simples Nacional foi criado com o objetivo de unificar a arrecadação dos tributos e contribuições devidos pelas micro e pequenas empresas brasileiras, nos âmbitos dos governos federal, estaduais e municipais. O regime especial de arrecadação não é um tributo ou um sistema tributário, mas uma forma de arrecadação unificada dos seguintes tributos e contribuições:

○ Tributos da Competência Federal

- Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ;
- Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI;
- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL;
- Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS;
- Contribuição para o PIS;
- Contribuição para a Seguridade Social - INSS, a cargo da pessoa jurídica (empresas com certas atividades devem recolher a contribuição em separado).

- Tributo da Competência Estadual
  - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS
- Tributo da Competência Municipal
  - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

Com reconhecidos aspectos que dispensam tratamento favorecido às MPEs, o Simples Nacional vem tendo significativa adesão dos empreendedores, entretanto, ainda carece de aperfeiçoamentos.

Fato relevante é que o Simples Nacional exclui da sua abrangência empresas que atuam em determinados setores e atividades, conforme rol exemplificativo a seguir:

- a) Que explore atividade de prestação de serviços de assessoria creditícia. Ex.: empresas de fomento mercantil (*factoring*);
- b) Que tenha sócio domiciliado no exterior;
- c) De cujo capital participe entidade da administração pública;
- d) Que preste serviço de comunicação;
- e) Que possua débito com o INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;
- f) Que preste serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros;
- g) Que seja geradora, transmissora ou distribuidora de energia elétrica;

- h) Que exerça atividade de importação ou fabricação de automóveis e motocicletas;
- i) Que exerça atividade de importação de combustíveis;
- j) Que exerça atividade de produção ou venda, no atacado, de bebidas alcoólicas, cigarros, armas, bem como de outros produtos tributados pelo IPI com alíquota maior que 20% ou com alíquota específica;
- k) Que preste serviços de cunho intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;
- l) Que realize cessão ou locação de mão-de-obra;
- m) Que realize atividade de consultoria;
- n) Que se dedique ao loteamento e à incorporação de imóveis.

De forma geral, a simplificação do recolhimento de tributos e a adoção de alíquotas mais adequadas ao perfil dos pequenos empreendimentos têm demonstrado ser de grande efetividade para apoio ao segmento, assim como, de motivação para a legalização de iniciativas informais.

## **1.4 Empreendedorismo no Brasil**

O Brasil - ao lado da Rússia, da Índia e da China - vem sendo considerado como um dos quatro grandes países chamados “emergentes” por sua economia em franca ascensão, capaz de conduzi-lo para figurar no rol das nações mais desenvolvidas num futuro próximo.

O maior desafio para subir de patamar na condição de economia forte e sustentada diz respeito à elevação da condição social da sua população, com a consequente redução das desigualdades sociais.

Para tanto, os governantes vem reiterando, ao longo dos anos, o entendimento de que se deve prover irrestrito apoio à notória capacidade e determinação empreendedora dos brasileiros, que se materializa de forma nítida nas centenas de milhares de novas pequenas empresas abertas a cada ano.

Com a evolução da economia mundial, os mercados passaram a ser globais, inclusive para os pequenos empreendimentos, que tanto podem tirar proveito de oportunidades além-fronteiras como se deparar internamente com concorrentes situados do outro lado do mundo. Típico exemplo desta situação pode ser a da microempresa que produz souvenirs artesanais e diferenciados, que consegue exportá-los para países do continente europeu mas, ao mesmo tempo, enfrenta forte concorrência com produtos eletrônicos asiáticos na disputa pela preferência do consumidor nacional.

A mensuração de tal capacidade empreendedora passou a ser item de interesse e avaliação de entidades nacionais e estrangeiras, sendo subsídio indutor de melhorias nas estratégias do setor privado e nas políticas públicas.

O Instituto Brasileiro da Qualidade e da Produtividade (IBQP) representa no Brasil, desde o ano 2000, o GEM (*Global Entrepreneurship Monitor*), fundado pela britânica *London Business School* e pelo americano *Babson College*, para mensurar o nível de atividade empreendedora no mundo desde 1999.

O relatório de 2009<sup>17</sup> envolveu a participação de 54 países na pesquisa, tendo como um dos seus três principais objetivos, a identificação das políticas públicas que possam favorecer a atividade empreendedora em cada nação.

Neste aspecto, o Brasil recebeu avaliação negativa (-)<sup>18</sup> para os quesitos 2a – Política Governamental – Geral e 2b - Política Governamental – Regulação. Por outro lado,

---

<sup>17</sup> MACHADO, Joana Paula et al. *Empreendedorismo no Brasil: 2009*. Curitiba: IBQP, 2010.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 87.

nosso País foi avaliado positivamente (+) nos itens 7a - Mercado Interno Dinâmico, 8 - Infraestrutura Física e 9 - Normas Culturais e Sociais.

O SEBRAE nacional é a instituição parceira do IBQP para a realização da pesquisa GEM, participando na realização, disseminação dos resultados e articulação com outras organizações nacionais. O interesse do SEBRAE é plenamente justificável, na medida em que o incentivo e o desenvolvimento do empreendedorismo é fator chave para o sucesso das novas empresas que, sabidamente, em sua esmagadora maioria, nascem da iniciativa de pequenos empresários.

Também neste importante instrumento de avaliação fica patente a insuficiência das atuais políticas públicas - aí inserido o arcabouço legal - para amparar e promover as iniciativas empresariais, sustentáculo maior da geração de empregos e do desenvolvimento da economia nacional.

### **1.5 Pesquisa sobre a sobrevivência e a mortalidade de MPEs, realizada pelo SEBRAE/SP**

A pesquisa levada a cabo pelo SEBRAE/SP - abrangendo o período de 1997 a 2008<sup>19</sup> - com as micro e pequenas empresas (MPEs) paulistas tem grau de relevância pela sua abrangência, detalhamento e importância econômica da região analisada, uma vez que o estado de São Paulo respondeu por 33% do PIB brasileiro no ano de 2008<sup>20</sup>.

De se ressaltar que, segundo o SEBRAE/SP, o universo de MPEs no estado paulista representa um terço do total de empresas do País, o que dá ao trabalho significância destacada, permitindo extrapolar as conclusões para o universo nacional.

Ao focar a identificação dos principais fatores que impactaram na taxa de mortalidade das empresas, foi possível aclarar pontos estratégicos dos preocupantes dados estatísticos de 2008 que, embora declinante, ainda demonstram que 27% das MPEs foram

---

<sup>19</sup> SEBRAE-SP. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

<sup>20</sup> IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Contas regionais do Brasil: 2044-2008*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasregionais/2008/publicacao2008.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

vitimadas no primeiro ano de existência e, de forma acumulada, 58% até o quinto ano – em 1998 eram 35% e 71%, respectivamente.

Verificados os pontos cruciais que impactam negativamente na sobrevivência das MPEs, ficam também evidenciadas medidas corretivas que podem ser adotadas para a melhoria do cenário, tanto por parte dos empresários interessados quanto do poder público.

## **1.6 Do monitoramento – 1997 a 2008**

O trabalho de pesquisa resultou em uma radiografia analítica das micro e pequenas empresas paulistas criadas num espaço de 12 anos, com data de nascimento, tempo de sobrevivência, perfil dos empresários, causas dos sucessos e fracassos dos empreendedores presentes nos 645 municípios daquele estado, quantitativo de empreendimentos este que agrega milhões de pessoas diretamente envolvidas.

Há que se considerar, necessariamente, para uma análise mais acurada, os principais acontecimentos que impactaram as economias nacional e internacional no período da pesquisa, dentre as quais se sobressaem:

- a) Resquícios da crise asiática de 1997 e a crise russa de 1998, que levaram a uma forte oscilação e aumento substancial da taxa básica de juro da economia brasileira, a taxa Selic<sup>21</sup>;
- b) Mudança no regime cambial em fevereiro de 1999, com forte oscilação majorante do câmbio a partir daí, e em especial em 2002, e a consequente pressão nos custos das matérias-primas e produtos importados;
- c) Racionamento de energia elétrica a partir de abril de 2001, seguido pela crise nos mercados financeiros internacionais em fins de 2001 e a crise

---

<sup>21</sup> Taxa de financiamento no mercado interbancário para operações de um dia, ou overnight, que possuem lastro em títulos públicos federais, títulos estes que são listados e negociados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, ou Selic. Também é conhecida como taxa média do over que regula diariamente as operações interbancárias. A taxa Selic reflete o custo do dinheiro para empréstimos bancários, com base na remuneração dos títulos públicos.



argentina em 2001 e 2002, o que levou à forte oscilação do dólar e novo aumento da taxa básica de juros; e

- d) Novo aumento da taxa básica de juros na economia brasileira, a partir de fins de 2004, utilizado pelas autoridades monetárias como principal mecanismo para manter o controle da taxa de inflação doméstica.<sup>22</sup>

Somente a partir de setembro de 2005 foi que as taxas de juros iniciaram trajetória de queda favorecendo a retomada da economia brasileira. Paralelamente, as taxas de câmbio deixaram de pressionar os custos das matérias-primas associados à expansão da economia mundial e das exportações brasileiras. Adicionalmente, a expansão da oferta de crédito para o consumo doméstico, principalmente nas operações de crédito às pessoas físicas e uma recuperação da renda real dos trabalhadores, só veio nos últimos anos.

Também o Estatuto das Microempresas veio em 2006 por meio da Lei Complementar nº. 123, um ano após a edição da Lei de Recuperação de Empresas - LRE (Lei nº. 11.101/2005).

No momento atual, verifica-se maior adesão e eficácia dos mecanismos introduzidos pelo Estatuto das Microempresas, e uma utilização ainda restrita das possibilidades inauguradas pela LRE, o que procuramos decifrar neste trabalho.

### *1.6.1 Abertura e fechamento anual de empresas*

O levantamento realizado pelo SEBRAE/SP<sup>23</sup>, utilizando-se de dados obtidos na Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP e em pesquisas de campo, aponta para a constituição de 2,60 milhões de empresas abertas no Estado de São Paulo no período ampliado de 1990 a 2008, sendo que neste intervalo foram fechadas 1,65 milhão de empresas.

---

<sup>22</sup> SEBRAE-SP. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

<sup>23</sup> Ibidem.

Da análise anual dos quantitativos de abertura e de encerramento de MPEs, verifica-se coincidência de maior ênfase ou retração nestes movimentos com os períodos de maior otimismo ou de dificuldades na economia nacional.

O Quadro 1, inserto no Anexo A, apresenta números anualizados (1990-2008), onde se pode observar as supracitadas oscilações nos movimentos de abertura e encerramento de empresas, guardando correlação com crises ou momento de expansão nas economias, a exemplo do impulso advindo da implantação do Plano Real em 1994 e os efeitos das crises asiática e da Rússia em 1996/1997.

O significativo crescimento econômico verificado em 2007/2008 refletiu diretamente no incremento das aberturas de MPEs.

De todo o período, patente o expressivo percentual de encerramento anual de empresas, com tendência declinante, mas ainda em patamares muito elevados, resultando em expressivos prejuízos para os diretamente envolvidos e para a sociedade como um todo.

#### **1.6.1.1 Das taxas de mortalidade – comparativos bienais**

Primeiro e principal aspecto observado no trabalho se refere ao acompanhamento das taxas de mortalidade e a busca dos seus motivadores. Ao longo do trabalho duodecenal do SEBRAE/SP<sup>24</sup> foram segregados 5 períodos bienais, de forma a facilitar a análise evolutiva dos indicadores.

Conforme o Quadro 2, do Anexo B, se pode verificar tendência declinante nas taxas de encerramento de empresas, sendo que, em 1998/1999, 35% das empresas sucumbiam no seu primeiro ano de atividades, percentual que decresceu paulatinamente, atingindo 27% em 2007/2008.

De forma analítica, o estudo demonstra o comparativo das respectivas taxas de mortalidade de empresas também sob o aspecto do montante de encerramentos no 2º, 3º, 4º

---

<sup>24</sup> SEBRAE-SP. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

e 5º anos de existência dos empreendimentos. Fica evidente que alcançar e ultrapassar o 5º ano é um desafio que 58% das novas empresas ainda não consegue.

Etapa do trabalho mais específica envolveu o rastreamento (entre out/2006 a mar/2007) de 5.529 empresas abertas de 2000 a 2005, com levantamento de dados na Junta Comercial de São Paulo – JUCESP, em outras fontes e visitas às empresas, contadores, residências dos proprietários (ou ex), sendo também efetivadas 3.017 entrevistas com (ex) sócios-proprietários, o que permitiu a extração de importantes informações sobre o ambiente empresarial dos pequenos empreendimentos em sua fase inicial de atividades.

Como fatores positivos de mudanças recentes foram identificados os seguintes aspectos<sup>25</sup>:

a) Melhorou o perfil do empresário:

- Aumentou a escolaridade dos empresários;
- Aumentou a proporção dos empreendedores por oportunidade;
- Aumentou a procura por auxílio nas entidades de apoio e por cursos;
- Aumentou a participação em reuniões em entidades e ações com outras empresas.

b) Melhorou o perfil das empresas:

- Caiu a proporção de MPEs do comércio (onde a concorrência é maior);
- Aumentou a proporção de “sociedades” *vis-à-vis* “empresas individuais”;

---

<sup>25</sup> SEBRAE-SP. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

- Aumentou a proporção de empresas que vendem aos governos.

c) Melhorou o ambiente de negócios:

- Melhora da economia (PIB, renda, oferta de crédito para consumo, etc.);
- Melhorou a legislação (Simples Nacional, Lei Geral das MPes, etc.).

d) Melhorou o planejamento prévio (mas não a gestão):

- Aumentou o tempo médio de planejamento;
- Aumentou o levantamento de informações (itens planejados) antes da abertura”.

A instituição do sistema Simples de Tributação e do Estatuto das MPes foram percebidos como pontos favoráveis para o desenvolvimento dos negócios e o fortalecimento do segmento.

### **1.6.1.2 Principais causas de mortalidade das MPes**

O Quadro 3, no Anexo C, sintetiza as principais causas da mortalidade de MPes identificadas na pesquisa do SEBRAE-SP.

Das informações se verifica que características intrínsecas aos negócios, como o planejamento prévio à abertura do negócio e outros fatores ligados ao comportamento do empreendedor, em termos de conhecimentos, habilidades e atitudes para conduzir o negócio, vêm apresentando evolução recente positiva, inobstante a constatação de que ainda precisam ser aprimorados.

Na mesma variante, aspectos ligados à gestão empresarial propriamente dita, como gestão de custos, aperfeiçoamento de produtos, utilização de propaganda e divulgação, busca de apoio especializado e administração do fluxo de caixa continuam sendo pontos críticos para o sucesso dos empreendimentos, não havendo apresentado evolução favorável nos últimos tempos. Com igual avaliação aparecem situações classificadas como

problemas “pessoais”, estes ligados a questões societárias, de sucessão, de saúde e até de criminalidade que atrapalham os negócios.

Quanto a aspectos extrínsecos às empresas, o fator conjuntura econômica aparece positivamente, pois a estabilidade de preços, a recuperação da demanda e o crescimento da economia favorecem os empreendimentos.

O crescimento da economia nacional e das MPEs nos anos de 2007 e 2008 favoreceram sobremaneira para que o segmento e o País como um todo enfrentassem a crise internacional de 2009 e experimentassem rápida recuperação no momento seguinte, consolidando a posição do Brasil como potência econômica emergente.

Especial atenção se deve dar ao item relativo às políticas de apoio, que demonstram evolução positiva, entretanto, com a consideração de que ainda carecem de aperfeiçoamentos. Tais políticas públicas de apoio ao segmento são de grande relevância, especialmente, a adequação da legislação tributária, dos entraves burocráticos, dos créditos para produção e de outras iniciativas públicas inerentes.

#### **1.6.1.3 Motivação para abertura das empresas, fontes dos recursos e fatores que contribuíram para o insucesso das iniciativas**

Quanto aos motivos que levam o empreendedor a se decidir pela abertura de uma empresa, o trabalho<sup>26</sup> relata que, para 2/3 dos empresários entrevistados, o fator oportunidade foi o determinante, sendo que o aspecto “necessidade” foi o eleito pelos demais.

A pesquisa também informa que, em 85% dos casos pesquisados, o empresário utilizou recursos próprios (pessoais / família), donde se pode concluir um elevado envolvimento do patrimônio pessoal com os riscos do negócio e, também, possíveis dificuldades de acesso a linhas de crédito para o desenvolvimento de negócios.

O Quadro 4, no Anexo D, detalha os principais aspectos desconhecidos ou ignorados pelos empreendedores quando do planejamento para a abertura do negócio. Fatores ligados ao conhecimento dos potenciais clientes, do mercado de atuação, de fornecedores, de

---

<sup>26</sup> SEBRAE-SP. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

investimentos necessários, de localização e de qualificação da mão-de-obra, aparecem de forma relevante nas respostas às entrevistas. Por seu turno, 23% dos entrevistados afirmaram que não estavam devidamente informados acerca dos aspectos legais ligados ao negócio.

Ouvidos acerca do fator que consideram como o mais importante para a sobrevivência das empresas, os empresários que passaram pelo dissabor de ver suas empresas encerradas, registraram que o planejamento prévio adequado (44%) e as políticas governamentais de apoio às MPEs (16%) são de relevância capital.

Por sua vez, os entrevistados que eram titulares de empresas em atividade atribuíram aos fatores boa gestão do negócio após a abertura (34%), bom planejamento antes da abertura (35%) e políticas governamentais de apoio às MPEs (15%) como os fatores mais determinantes para o êxito dos empreendimentos.

Este cotejo de visões entre empresários em atividade e aqueles que experimentaram fracassos está detalhado no Quadro 5, constante do Anexo E.

#### **1.6.1.4 Fechamento das empresas, destino dos recursos investidos e fatores que poderiam ter evitado o encerramento das atividades**

Na avaliação dos fatores que levaram ao insucesso empresarial, o trabalho decenal do SEBRAE/SP<sup>27</sup> identificou, segundo os entrevistados, como principais motivos a “falta de clientes/inadimplência” e a “falta de capital”, com 23% e 20% do totalizador, respectivamente. Também no Quadro 6, do Anexo F, figuram como causas relevantes os “problemas legais” (8%) e os “impostos/encargos elevados” (7%).

Aspectos importantes estão retratados no Quadro 7, do Anexo G, no que diz respeito ao destino dos recursos investidos nas empresas que foram encerradas.

O estudo mostra que metade dos pequenos empresários que viram sua empresas sucumbirem suportaram a perda total dos seus investimentos, sendo que o valor da perda média foi da ordem de R\$ 34 mil para uma mediana de R\$ 15 mil.

---

<sup>27</sup> SEBRAE-SP. *10 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2008. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/livro\\_10\\_anos\\_mortalidade.pdf](http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/livro_10_anos_mortalidade.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2010.

Outros 28% dos entrevistados afirmaram que as perdas pelo encerramento dos empreendimentos foi parcial, enquanto que a recuperação integral dos investimentos foi possível para 23% dos empresários ouvidos.

O gráfico de distribuição das faixas de prejuízo demonstra maior concentração nos patamares de investimento de até R\$ 20 mil, o que denota claramente tratar-se de micro negócios. Não obstante os valores serem considerados minúsculos no universo empresarial, sabe-se que a maioria dos pequenos empresários aplicam no negócio todas as suas disponibilidades.

Indagados sobre o tipo de auxílio que teria sido útil para evitar o fechamento das empresas, os entrevistados apontaram a “disponibilidade de empréstimo bancário” (28%), o “acesso a consultoria empresarial” (18%), o “apoio do governo” (12%) e “menos encargos e impostos” (10%), como as principais circunstâncias.

Pelo exposto, problemas relacionados à gestão dos negócios, inclusive quanto à incapacidade para lidar com aspectos legais, levaram muitos empresários ao fracasso, com significativas perdas patrimoniais.

### *1.6.2 Estimativa do custo social de fechamento das MPEs paulistas*

É de notório conhecimento que o chamado custo social resultante da mortalidade de milhares de pequenas empresas é de grandes proporções, não só pela perda dos recursos financeiros investidos, mas, principalmente, por dizimar enorme quantitativo de postos de trabalho.

O estudo do SEBRAE/SP<sup>28</sup> prospectou uma variada gama de informações ao longo de um período de 10 anos, permitindo que se buscasse estimar as repercussões do custo social da mortalidade de MPEs. De posse no número de empresas encerradas (81 mil) e da média de pessoas empregadas por empreendimento (3,27569), foi possível estimar que, no ano de 2006, foram fechados 267 mil ocupações, sendo que o mesmo cálculo para o ano de 2004 resultou no fechamento de 281 mil vagas.

---

<sup>28</sup> SEBRAE-SP. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

No mesmo sentido, considerando-se um faturamento médio mensal da ordem de R\$ 14 mil em 2006, apurou-se uma estimativa de R\$ 13,5 bilhões que deixaram entrar nas empresas encerradas. Esta cifra também poderia ser utilizada para se projetar a frustração de arrecadação de impostos por parte do governo, bastando que se aplicasse sobre tal montante o percentual médio de tributação a qual as MPEs estão submetidas.

Diante da informação dos patamares de perdas monetárias, e de que 50% dos empresários suportaram perda integral dos investimentos e outros 28 tiveram prejuízos parciais, chegou-se à estimativa de que o impacto negativo na poupança pessoal dos investidores alcançou a cifra de R\$ 2,2 bilhões, frente a outros R\$ 1,7 bilhão calculados para o ano de 2004.

O Quadro 8, do Anexo H, demonstra as informações acima referenciadas, conforme tabela.

### *1.6.3 Conclusões e recomendações da pesquisa do SEBRAE/SP*

As conclusões da pesquisa<sup>29</sup> apontam que, inobstante os avanços percebidos na gestão das empresas, na inserção de novos mecanismos legais como o Estatuto da Microempresa e da nova Lei de Falências e Recuperação, do cenário econômico favorável, os percentuais de mortalidade de empresas, de 58% nos primeiros cinco anos de existência, ainda permanecem como um enorme desafio para todos os envolvidos, principalmente para as autoridades constituídas.

De forma geral, os principais fatores determinantes para a mortalidade de empresas mantiveram-se os mesmos desde o início da pesquisa, podendo ser agrupados em seis grandes grupos:

- a) Comportamento empreendedor pouco desenvolvido;
- b) Deficiências no planejamento antes da abertura do negócio;

---

<sup>29</sup> SEBRAE-SP. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.



- c) Deficiências na gestão empresarial, após a abertura do negócio;
- d) Insuficiência de políticas de apoio às empresas;
- e) Problemas de conjuntura econômica; e
- f) Problemas pessoais dos sócios-proprietários.

Para a melhoria desse quadro geral é necessário aprofundar as ações de apoio aos pequenos negócios, para superação dos seis pontos citados como as causas da mortalidade, conforme Quadro 9, do Anexo I.

Neste sentido, formularam-se as seguintes recomendações:

- a) Implementar medidas educativas para incentivo e capacitação do empreendedorismo, inclusive, com a inserção de disciplinas inerentes ao tema desde os níveis iniciais das escolas até a universidade. Desta forma, se promoveria a ampliação dos horizontes dos estudantes, viabilizando a possibilidade de se tornarem empresários bem sucedidos.
- b) Estimular os que estão prestes a abrir um negócio a adotar planejamento mais refinado, com elaboração de um plano de negócio, ferramenta esta que facilita a identificação antecipada de problemas e/ou gargalos sobre os quais é possível definir ações preventivas, ampliando as chances de sucesso do negócio.
- c) Promover a capacitação em gestão empresarial entre os que já são detentores de negócio, com foco no aprimoramento de produtos e serviços, na identificação da melhor estratégia de comunicação com o público-alvo, no monitoramento sistemático do fluxo de receitas e despesas, na administração adequada do saldo de caixa, no controle detalhado dos custos dos produtos e serviços oferecidos, na adequada precificação dos mesmos e na busca por apoio profissional quando aparecerem problemas de difícil solução.

d) Ampliar as políticas e os instrumentos de apoio aos pequenos negócios, em especial aqueles direcionados aos de menor porte e mais recentes, para que se reduza o peso dos impostos e dos encargos, a burocracia, e que melhore o acesso ao crédito e a ampliação de mercados. São exemplos de tais ações:

- I. Aperfeiçoamento da Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas;
  - II. Eliminação das restrições à adesão ao SIMPLES (principalmente o setor de serviços);
  - III. Aperfeiçoamento das políticas de compras governamentais para MPEs;
  - IV. Aperfeiçoamento dos mecanismos de exportações das MPEs;
  - V. Ampliação das políticas de crédito à produção, em especial, às empresas recém constituídas;
  - VI. Desburocratização e redução dos custos e de tempo na abertura de um novo negócio;
  - VII. Outras reformas necessárias à melhora geral da economia (ex. reforma tributária, reforma trabalhista, reforma previdenciária, melhoria da qualidade nos gastos públicos e ampliação dos investimentos públicos, em especial, nas áreas de educação e saúde).<sup>30</sup>
- e) Buscar o crescimento contínuo e moderado da economia, o que permite maior previsibilidade para os negócios, sem abdicar do controle da inflação, mantendo esta última em níveis relativamente baixos; e
- f) Evitar que problemas pessoais dos sócios-proprietários afetem o seu negócio. É preciso conscientizá-los no sentido de que os negócios da

---

<sup>30</sup> SEBRAE-SP. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

empresa e a vida pessoal dos sócios devem ser tratados de forma separada. Controles, contabilidade, gestão profissional, observação dos aspectos legais e problemas pessoais dos sócios são fatores determinantes para o êxito ou fracasso da empresa, a depender do tratamento que se dê a cada um deles.

A profundidade e a riqueza de informações do trabalho do SEBRAE/SP em muito podem auxiliar no direcionamento de ações do setor público e privado para o fortalecimento das MPEs.

### **1.7 O universo das MPEs e a demanda por tratamento legal diferenciado**

A amplitude territorial de atuação, a variedade de atividades, a quantidade de pessoas diretamente envolvidas e a complexidade dos relacionamentos tornam as MPEs um universo com características próprias e que requer tratamento especialmente modelado para o seu perfil.

Com relação à tutela legal mais imediata, e afora a própria Constituição Federal, têm-se duas normas relativamente recentes e quase contemporâneas - A Lei de Falências e Recuperação e Falências de 2005 e o Estatuto das Micro e Pequenas Empresas de 2006 – ambos dotados de dispositivos específicos com o propósito de fornecer mecanismos legais adequados às particularidades dos pequenos empreendimentos.

Decorridos quatro anos da sua edição, a menção recorrente ao Estatuto das Micro e Pequenas Empresas Microempresa – de 2006 - e as sugestões para sua melhoria denotam que esta norma legal foi absorvida pelo segmento.

Em paralelo, as referências à Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei 11.101/2005) apontam que o segmento das MPEs vem, gradualmente, passando a fazer uso dos seus mecanismos legais.

O Quadro 10, do Anexo J, apresenta estudo divulgado pela empresa SERASA/EXPERIAN<sup>31</sup> com detalhamento anual (2005 a 2010) das falências requeridas e decretadas, assim como, das recuperações judiciais requeridas, deferidas e concedidas, segmentadas em Micro e Pequena Empresa, Média Empresa e Grande Empresa.

No demonstrativo, verifica-se expressiva redução anual no total de falências de MPE requeridas (2005 = 8.260; 2010 = 1.233) e incremento no quantitativo do deferimento das recuperações judiciais de MPEs (2005 = 27; 2010 = 185), o que se pode atribuir ao favorável crescimento da economia no período e ao maior conhecimento da nova legislação falencial.

Infelizmente, as informações relativas à recuperação judicial de MPEs não discriminam em que percentual foi feito o uso da Recuperação Judicial normal e o da Recuperação Judicial Especial dirigida ao segmento (arts. 70 a 72, Lei 11.101/2005).

Considerando que as MPEs representam em torno de 99% do universo das empresas brasileiras, se pode considerar como muito acanhada o uso da Recuperação Judicial frente ao mesmo comparativo no espectro das Médias e Grandes Empresas.

Neste contexto, ressoam as críticas da sociedade empresarial e de doutrinadores quanto à baixa aderência da norma às reais necessidades dos pequenos empreendimentos e ao princípio constitucional do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas.

---

<sup>31</sup> SERASA/EXPERIAN. *Indicador Serasa Experian de falências e recuperações*. São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias\\_concordatas.htm](http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2011.

## 2 A LEI 11.101/2005 E A TUTELA LEGAL ESPECÍFICA PARA A RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS EM DIFICULDADES

A Lei 11.101/2005 conceituou, em seu art. 47<sup>32</sup>, a recuperação judicial, sendo que os artigos 70 a 72<sup>33</sup> se encarregaram de delimitar os mecanismos especificamente destinados às micro e pequenas empresas.

Todo o arcabouço legal voltado para a recuperação das empresas, especialmente para as de menor porte, requer um olhar crítico sobre todas as nuances do conjunto normativo, para que se possa aquilatar a efetividade desta tutela legal frente ao comando constitucional do tratamento favorecido aos micro e pequenos empreendimentos.

Não se pode olvidar que o crédito é elemento essencial para atividade empresária e, como tal, também deve receber a devida proteção na legislação falimentar.

---

<sup>32</sup> **Art. 47.** A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_ato2004-2006/2005/lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2005/lei/L11101.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2011.

<sup>33</sup> **Art. 70.** As pessoas de que trata o art. 1º desta Lei e que se incluam nos conceitos de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da legislação vigente, sujeitam-se às normas deste Capítulo. § 1º As microempresas e as empresas de pequeno porte, conforme definidas em lei, poderão apresentar plano especial de recuperação judicial, desde que afirmem sua intenção de fazê-lo na petição inicial de que trata o art. 51 desta Lei. § 2º Os credores não atingidos pelo plano especial não terão seus créditos habilitados na recuperação judicial. **Art. 71.** O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se-á às seguintes condições: I - abrangerá exclusivamente os créditos quirografários, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei; II - preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano); III - preverá o pagamento da 1ª (primeira) parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial; IV - estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados. Parágrafo único. O pedido de recuperação judicial com base em plano especial não acarreta a suspensão do curso da prescrição nem das ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano. **Art. 72.** Caso o devedor de que trata o art. 70 desta Lei opte pelo pedido de recuperação judicial com base no plano especial disciplinado nesta Seção, não será convocada assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano, e o juiz concederá a recuperação judicial se atendidas as demais exigências desta Lei. Parágrafo único. O juiz também julgará improcedente o pedido de recuperação judicial e decretará a falência do devedor se houver objeções, nos termos do art. 55 desta Lei, de credores titulares de mais da metade dos créditos descritos no inciso I do caput do art. 71 desta Lei. Ibidem.

## 2.1 A originação da Lei 11.101/2005

Ao constatar que o seu patrimônio não mais consegue produzir recursos suficientes para honrar os compromissos, o devedor se vê em situação de insolvência, também designada usualmente como situação de falência, quebra ou bancarrota.

Esta situação, em muitos casos, decorre de vícios de origem como a escolha equivocada do ramo da atividade, do tipo societário inadequado, da insuficiência de capital social, do desconhecimento de fatores externos determinantes, como concorrência, fornecedores e perfil da clientela pretendida, dentre outros.

Em outros casos, situações supervenientes originam males externos que definem o insucesso do empreendimento, a exemplo de restrição do crédito bancário, elevação da taxa de juros, crise de abastecimento, dentre outros.<sup>34</sup>

Por seu elevado grau de complexidade e amplitude das repercussões, a crise empresarial requer mecanismos legais que possibilitem a recuperação das empresas ou, em última instância, a célere extinção do empreendimento inviabilizado de forma que as partes envolvidas possam suportar os menores impactos possíveis.

### 2.1.1 A evolução temporal do tratamento da insolvência

Desde os primórdios da civilização, verificada a incapacidade do devedor, colocava-se em curso um processo de execução patrimonial e até pessoal que, em tese, poderia alcançar o próprio corpo do inadimplente, vez que poderia passar à condição de escravo do seu credor ou ser vendido como tal para rateio do valor entre os detentores dos haveres.

Ao comentar os delineamentos históricos do direito falimentar, Manuel Justino Bezerra Filho<sup>35</sup> relata que o processo de execução encontra registros desde a época da Lei das XII Tábuas, de 451. a.C. que, em seu n. 9 da Tábua Terceira, estabelecia que:

Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não

---

<sup>34</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 21.

<sup>35</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: Lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 32.

importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.

Segundo o autor, não se tem conhecimento da efetiva aplicação da pena capital, entretanto, a imposição da condição de escravidão para devedores inadimplentes também tinha referência no Código de Manu, da Índia, no Código de Hamurabi (art. 200), no antigo Egito e no direito helênico.

Por sua vez, a famosa *Lex Poetilia Papiria* (326 a.C. ou 428 a.C. – autores divergem), substituiu o vínculo corporal pela responsabilidade patrimonial, onde os bens, e não mais o corpo do devedor, deveriam responder pelos compromissos, dando origem ao conceito até hoje vigente de execução de dívidas.

Da necessidade de execução coletiva do devedor civil ou comercial, sob a tutela estatal e proibida qualquer perpetração de mão própria, surgiu a motivação para o estabelecimento do direito falimentar, sendo o processo de falência nada mais que a arrecadação de todos os bens do devedor para venda judicial e apuração de dinheiro, que será em seguida dividido entre os credores, na proporção e segundo a ordem legal referente a cada um deles, segundo ensinamento de Bezerra Filho na obra citada.

Ao longo do tempo, a legislação falimentar incorporou importante princípio da Preservação da Empresa, pois, seja do ponto de vista social, seja sob a ótica econômica, muito mais razoável e interessante para os credores e para a sociedade que o empreendimento em crise se recupere, honre seus compromissos e siga sua trajetória de geração de empregos, de tributos e outras riquezas.

Em última instância apenas, verificado o irremediável desequilíbrio do empreendimento, se deve aplicar, de forma tempestiva, os mecanismos de liquidação no processo falimentar, retirando o insolvente do ambiente empresarial, com a arrecadação do maior valor possível para satisfação dos credores segundo a *par conditio creditorum*, minimizando-se prejuízos e evitando-se outros danos.

### 2.1.2 A legislação falencial brasileira

A anterior Lei de Falências (Dec-Lei 7.661/1945) vigorou por quase 60 anos e contemplava o mecanismo da concordata, este com o intuito de evitar ou substituir a falência, buscando a preservação do empreendimento e dos interesses dos credores.

Ocorre que a concordata tinha natureza de um favor legal, vez que os credores a ela sujeitos, os quirografários, não eram chamados para manifestação de suas vontades, e o juiz deferia o pedido por sentença mediante apenas o preenchimento dos requisitos legais pelo devedor.

Na prática, tal instrumento não apresentava a eficácia desejada, constatando-se incontáveis casos do seu uso por parte de empresários mal-intencionados que procuravam postergar a falência, enquanto promoviam o desvio de bens e outras formas de fraudar os credores de forma impune, conforme texto de Bezerra Filho citando artigo de Jorge Lobo.<sup>36</sup>

Dos ensinamentos de Sérgio Campinho<sup>37</sup>, extrai-se que a recuperação judicial apresenta-se “como um somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas<sup>38</sup>” para reestruturação da capacidade produtiva da empresa com vistas ao alcance de rentabilidade autossustentável que possibilite a superação da crise.

A nova lei de Falência e Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/2005) foi gestada por mais de uma década em discussões no Congresso Nacional, resultando num conjunto normativo que, dentre outras inovações, introduziu o mecanismo da Recuperação Judicial.

---

<sup>36</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 39.

<sup>37</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 10.

<sup>38</sup> CAMPINHO apud HERMANS, Buth (Org.). *Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz*. 2. ed. Munique: Beck, 2004. p. 119. Segundo os economistas alemães Kraus/Gless há necessidade de ser implementada uma estratégia de saneamento e reestruturação para superação da crise da empresa, compreendendo os seguintes itens: (a) medidas operacionais visando a melhoria dos resultados e liquidez da empresa; (b) uma nova orientação fundamental e estratégica (da correção do Portfólio à nova configuração das relações de produção e mercado de cada setor da empresa); (c) uma alteração estrutural fundamental (de uma reestruturação fundamental do processo de valorização e da estrutura financeira até mesmo a uma nova estrutura organizacional da empresa); (d) uma mudança completa da mentalidade/cultura da empresa.



Ao longo da sua tramitação, o Projeto de Lei 3.476/1993, até se transformar na Lei 11.101/2005, passou por inúmeras mudanças de enfoque, em decorrência das naturais interferências das forças da sociedade no processo legislativo, ou seja, setores interessados e com poder econômico atuavam junto ao Congresso para direcionar a feitura da norma segundo as suas conveniências.

Bezerra Filho registra que no período inicial de 1993 até o ano 2000, o projeto demonstrava preocupação efetiva com a instalação de mecanismos viabilizadores da recuperação da sociedade empresária, sendo que, no período seguinte, aconteceu mudança do ponto de vista filosófico, prevalecendo, aparentemente, interesses outros, a exemplo do setor bancário, tradicional credor de empresas em dificuldades.

O autor ressalta que a “pressão” exercida pelos bancos foi de tal forma efetiva, que a versão final da lei (art. 49, §§ 3º e 4º) passou para o segundo lugar na ordem de privilégios no quadro geral de credores os créditos com garantia real (alienação fiduciária, arrendamento mercantil, contrato com reserva de domínio, contrato de venda imobiliária com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade) e também os pagamentos do adiantamento de contratos de câmbio, ficando à frente dos créditos tributários, sendo que ambos ficaram isentos dos efeitos da recuperação judicial e também da recuperação extrajudicial (art. 161, § 1º).

### *2.1.3 Críticas ao processo de elaboração da nova lei falencial*

A flagrante constatação da prevalência dos interesses do setor financeiro na norma falencial acabou por disseminar no mercado, de forma jocosa, que se tratava de uma “Lei de Recuperação do Capital Financeiro”, “Lei de Recuperação do Crédito Bancário” ou “Lei FEBRABAN”, conforme escreve Bezerra Filho.

Na prática, se verifica que os bancos tem adotado o artifício de inserir cláusula de alienação fiduciária em contratos renegociados, passando, assim, à condição de credores privilegiados em eventual processo de recuperação judicial da devedora.

Com tal manobra, as instituições financeiras garantem direito de precedência no recebimento (extraconcursal) em relação aos créditos trabalhistas, acidentários e tributários na hipótese de convalidação da recuperação judicial em falência.

Crítica mais contundente e relevante diz respeito à consideração de que as micro e pequenas empresas foram relegadas a um plano secundário na nova lei falencial, inobstante representarem 99% do universo empresarial, consideradas todas as modalidades.

Consta que, durante os 11 anos de discussão da nova lei, em várias versões não constavam direcionamentos específicos para as MPE, prevalecendo, ao final, a destinação específica da Seção V – Do plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte (arts. 70 a 72), sendo pacífico na doutrina o entendimento de que as MPEs não estão impedidas de se valerem da Recuperação Judicial normal - RJD (arts. 51 a 69) ou da recuperação extrajudicial (arts. 161 a 167).

A instituição da Recuperação Judicial Especial – RJE, sistema específico para recuperação judicial das MPEs, com o propósito de desobrigá-las da complexidade e onerosidade dos outros sistemas, passa a impressão de arranjo de último hora para suprir lacuna, pois, os mecanismos adotados em muito se parecem com os da Concordata Preventiva da lei anterior (art. 139 e ss.).

A RJE na nova lei obriga exclusivamente os credores quirografários (art. 147 da lei antiga); prevê oferta de pagamento parcelado (art. 156 da lei anterior); o débito sujeito à recuperação será corrigido e os juros serão de 12% ao ano (art. 163 da lei anterior); há prazo máximo para pagamento (art. 156), sob pena de falência (art. 175, § 8º).

Como bem assevera Bezerra Filho<sup>39</sup>, tal situação chega a ser contraditória, vez que o instituto da concordata era dos mais criticados na lei anterior e forte motivador para as mudanças no arcabouço legal que rege a falência e a recuperação das empresas em dificuldades, e culminou como embasamento para a definição de mecanismos específicos para a recuperação judicial de MPEs.

#### *2.1.4 A recuperação judicial*

Apontado como o instituto mais inovador advindo com a LRE, a recuperação judicial tem expressa vocação para manutenção da empresa e dos seus recursos

---

<sup>39</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências*: comentada: Lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 168.

produtivos, buscando a composição dos interesses dos agentes econômicos<sup>40</sup>, papel que a concordata não exercia na legislação revogada.

Dos ensinamentos de Jorge Lobo, temos a seguinte definição de recuperação judicial:

Recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegura a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembléia geral.<sup>41</sup>

Aspecto relevante, destacado por Paulo Fernando Campos Salles de Toledo<sup>42</sup>, diz respeito ao pressuposto objetivo de que não se exige que a situação esteja marcada pelo inadimplemento de certa obrigação, ou que se mostre iminente a impossibilidade de cumprir os compromissos financeiros assumidos, pois, o devedor identificou e demonstrará a condição de crise para obter os meios para a sua superação.

### 2.1.5 Natureza jurídica

A delimitação da natureza jurídica da recuperação judicial é tema controverso na doutrina.

Considerando que os credores sujeitos à concordata não eram chamados a se manifestar, Sérgio Campinho<sup>43</sup> entende que tratava-se da concessão de um favor legal. Já quanto à recuperação judicial, o autor considera que se trata de instituto com natureza contratual, pois prevalece a autonomia da vontade das partes interessadas, ainda que a

<sup>40</sup> CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. *Falência e recuperação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 79.

<sup>41</sup> LOBO, Jorge. Arts. 34 à 69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à lei recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 104-105.

<sup>42</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. Recuperação judicial, a principal inovação da lei de recuperação de empresas- LRE. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXV, n. 83, p. 102, set. 2005.

<sup>43</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11-13.

concessão se dê por meio de sentença judicial e a decisão da assembléia-geral de credores seja por maioria.

Esta posição é acompanhada por Amador Paes de Almeida<sup>44</sup>, para quem:

A recuperação judicial é pressuposto de manifestação prévia de credores, inclusive a aprovação, por devedor e credor, de plano alternativo, tem, ao nosso ver, nítida natureza contratual – um contrato entre o devedor e a coletividade de credores.

Por sua vez, Jorge Lobo<sup>45</sup> interpreta a natureza jurídica da recuperação judicial da seguinte forma:

A recuperação judicial é um ato complexo, uma vez que pode ser considerada sob vários aspectos, pois abrange um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação *ex lege*.

[...]

A ação de recuperação judicial é constitutiva, porque cria nova situação jurídica para o devedor e os credores a ela sujeitos (art. 49), quer no plano do direito processual (art. 6), quer no plano do direito material (art. 59), podendo afirmar-se, como, aliás, se diz em França, ser autêntico processo de sacrifício.

De forma mais contundente, Luiz Antonio Guerra<sup>46</sup> registra que a LRE foi dotada, equivocadamente, de natureza material e processual, indicando que:

A nova lei deveria ter natureza exclusivamente material, devendo ser essencialmente lei econômica, e não processual. Já temos no ordenamento jurídico os Códigos de Processo Civil e Processo Penal.

Não há justificativa para inserir matéria processual na lei de falências, dando-lhe rosto de lei processual especial, com a introdução de condições próprias, ritualidade e prazos diferenciados da legislação comum. Porém, historicamente, a Lei Falimentar sempre apresentou-se desta forma, com processo próprio; aliás, esta é uma tendência ocidental.

---

<sup>44</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 336.

<sup>45</sup> LOBO, Jorge. Arts. 34 à 69. In: TOLEDO, Paulo F. C, Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105; 130- 131.

<sup>46</sup> GUERRA, Luiz Antonio. *Lei de falências e recuperação de empresas: a recuperação é a solução para a empresa em crise: inovações, avanços e retrocessos na nova lei: abordagem crítica*. STJ – BDJur. Brasília. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/9983>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

### 2.1.6 Princípios

De forma mais completa, temos os princípios elencados pelo ex-Senador Ramez Tebet<sup>47</sup>, relator do PLC nº 71, de 2003, que originou a Lei 11.101/2005, a saber:

- 1) **Preservação da empresa:** em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.
- 2) **Separação dos conceitos de empresa e de empresário:** a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.
- 3) **Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis:** sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial.
- 4) **Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis:** caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio.
- 5) **Proteção aos trabalhadores:** os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.
- 6) **Redução do custo do crédito no Brasil:** é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.
- 7) **Celeridade e eficiência dos processos judiciais:** é preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam, na medida

<sup>47</sup> SENADO FEDERAL. *Parecer nº, de 2004*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/86307.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2011.

do possível, simples, conferindo-se celeridade e eficiência ao processo e reduzindo-se a burocracia que atravanca seu curso.

8) **Segurança jurídica:** deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos e, assim, fique prejudicado o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes.

9) **Participação ativa dos credores:** é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida.

10) **Maximização do valor dos ativos do falido:** a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protegem os interesses dos credores de sociedades e empresários insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também diminui-se o risco das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral.

11) **Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte:** a recuperação das micro e pequenas empresas não pode ser inviabilizada pela excessiva onerosidade do procedimento. Portanto, a lei deve prever, em paralelo às regras gerais, mecanismos mais simples e menos onerosos para ampliar o acesso dessas empresas à recuperação.

12) **Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial:** É preciso punir com severidade os crimes falimentares, com o objetivo de coibir as falências fraudulentas, em função do prejuízo social e econômico que causam. No que tange à recuperação judicial, a maior liberdade conferida ao devedor para apresentar proposta a seus credores precisa necessariamente ser contrabalançada com punição rigorosa aos atos fraudulentos praticados para induzir os credores ou o juízo a erro.

De forma coerente, o relator do projeto<sup>48</sup> de lei complementar ressaltou que nem sempre seria possível a perfeita satisfação de cada um dos enunciados, principalmente quando houver conflito entre dois ou mais deles, sendo necessário, então, sopesar as possíveis consequências sociais e econômicas e buscar o ponto de conciliação, a configuração mais justa e que represente o máximo benefício possível à sociedade.

<sup>48</sup> SENADO FEDERAL. *Parecer nº, de 2004*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/86307.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2011. [Grifo nosso].

### 2.1.7 O processo de recuperação judicial

Sob determinada ótica, considera-se que o Processo de Recuperação Judicial pode ser mapeado em três distintas fases, conforme entendimento de Fábio Ulhoa Coelho<sup>49</sup>, ou seja, a Fase Postulatória, de Deliberação e de Execução.

De forma simplificada, o rito processual se inicia quando o juiz defere o processamento da recuperação por decisão interlocutória (art. 52), prossegue com a concessão da recuperação pela homologação do plano de recuperação por outra decisão interlocutória (art. 58) e, por fim, cumpridas as obrigações vencidas no prazo de dois anos a contar da concessão, prolata sentença encerrando a recuperação (art. 63).

#### 2.1.7.1 A fase postulatória

Inicialmente, destaca-se que apenas o titular do empreendimento em crise, empresário ou sociedade empresária, é legitimado para o processo de recuperação judicial, ou seja, credores, trabalhadores ou órgãos governamentais, ainda que sob a constatação do estado de pré-insolvência da atividade econômica, não podem fazê-lo.

Para fazer jus ao pedido de recuperação judicial, o empreendimento deve estar sob o risco de falência e cumprir mais quatro requisitos<sup>50</sup>, ou seja, a) não pode estar falido; b) deve existir regularmente há mais de 2 anos; c) não pode ter obtido o mesmo benefício há menos de 5 anos; d) o seu sócio controlador e administradores não podem ter sido condenados pela prática de crime falimentar.

A elaboração de um plano que demonstre a viabilidade de recuperação da atividade e a disponibilização de documentação para que os credores possam constatar suas alegadas dificuldades, fazem parte das condições formais e materiais para a obtenção do benefício da recuperação judicial.

A petição inicial deverá se fazer acompanhar de uma exposição de motivos, de demonstrações contábeis e relatórios da situação da empresa, da relação de credores e dos empregados, de cópia atualizada dos atos constitutivos, da lista dos bens dos sócios ou

---

<sup>49</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 378.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 379.

acionista controladores e dos administradores, de extratos bancários e de investimentos, além de certidões de protesto e da relação das ações judiciais em andamento.

Em seu despacho de processamento da recuperação, o juiz nomeará o administrador judicial, intimará o Ministério Público, comunicará às Fazendas Públicas Federal, Estaduais e Municipais pertinentes, e determinará a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor – as permitidas por lei – até que ocorra a aprovação do plano de recuperação ou decorra o prazo de 180 dias.

Vale destacar a ressalva de Waldo Fazzio Junior<sup>51</sup> de que a determinação para o processamento da recuperação não significa deferimento do pedido, tratando-se do marco inicial do exame do pedido de recuperação judicial ofertado pelo devedor. Em síntese, o despacho de processamento inaugura o procedimento de verificação da viabilidade da proposta para que se possa concluir sobre sua aprovação, como foi formulada ou modificada, ou sua rejeição e a consequente decretação da falência do devedor.

#### **2.1.7.2 A fase de deliberação**

Tendo como principal objetivo a votação do plano de recuperação, esta fase se inicia com o despacho do processamento, sendo o plano de recuperação judicial a peça de maior importância para esta etapa.

A apresentação de um plano de recuperação deve ocorrer dentro do prazo de 60 dias a contar da publicação do deferimento do processamento, devendo conter demonstração fundamentada e pormenorizada dos meios pelos quais o devedor pretende superar as suas dificuldades.

Submetido o plano à assembléia dos credores e obtida aprovação, caberá ao juiz proceder à sua homologação. Caso a votação tenha se aproximado muito do *quorum* mínimo para aprovação, caberá ao juiz decidir pela aprovação do plano ou, caso contrário, decretar a falência do requerente da recuperação judicial, como também ocorre quando o plano é rejeitado pelos credores na assembléia.

---

<sup>51</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 165.



### **2.1.7.3 A fase de execução**

Com a homologação judicial do plano de recuperação, tem início a sua fase de execução, devendo a sociedade agregar ao seu nome a expressão em “em recuperação judicial”.

Nesta terceira fase ocorre a fiscalização sobre o cumprimento do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores, podendo sofrer alterações no seu conteúdo apenas em casos plenamente justificados e mediante retificação aprovada em assembléia dos credores.

Decorrido o prazo de 2 (dois) anos, no caso de descumprimento de obrigação prevista no plano de recuperação judicial, os credores poderão requerer a execução específica ou a falência com base no art. 94 da LRE.

Neste aspecto, cabe destacar a doutrina de Amador Paes de Almeida<sup>52</sup> no sentido de que “a sentença de recuperação judicial é título executivo judicial, ensejando ao credor, no inadimplemento da obrigação prevista no respectivo plano, executar o credor”.

Efetivado o cumprimento das obrigações vencidas no prazo de 2 (dois) anos após a concessão da recuperação, o juiz decretará, por sentença, o encerramento da recuperação, e determinará: a) o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial, somente podendo efetuar a quitação dessas obrigações mediante prestação de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, e aprovação do relatório previsto no inciso III; b) a apuração do saldo das custas judiciais a serem recolhidas; c) a apresentação de relatório circunstanciado do administrador judicial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor; e) a dissolução do Comitê de Credores e a exoneração do administrador judicial; e f) a comunicação ao Registro Público de Empresas para as providências cabíveis.

## **2.2 A recuperação extrajudicial**

Até a edição da Lei 11.101/2005, o ato do devedor, em situação de dificuldade, convocar credores para propor acordo extrajudicial, geralmente envolvendo

---

<sup>52</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 332.

dilação, remissão de créditos ou cessão de bens, caracterizava presunção de insolvência, motivando a decretação de falência caso algum dos credores não concordasse com os termos sugeridos e levasse tal proposta ao conhecimento do juiz competente.<sup>53</sup>

Esta modalidade de proposta, na vigência da lei revogada, era conhecida como “concordata branca” e, embora proibida, era bastante utilizada pelos empresários em situação de crise.<sup>54</sup>

Introduzido pela nova lei de falências, o instituto da recuperação extrajudicial não despertou muito interesse num primeiro momento, mas, em seguida, ficaram evidentes as suas vantagens inerentes à sua simplicidade e celeridade em relação à recuperação judicial, conforme afirma Paulo Penalva Santos<sup>55</sup> em artigo divulgado em publicação da Associação dos Advogados de São Paulo.

Como alternativa à recuperação judicial, é viável a utilização da recuperação extrajudicial em casos cuja situação econômico-financeira da empresa devedora comporta renegociação parcial, sendo desnecessária a participação de todos os credores e a realização de assembléia geral para aprovar o plano.

A repactuação pode ser global ou parcial das dívidas, com feição de moratória (dilação de prazo de pagamento), de remissão parcial dos débitos (redução do montante a ser pago), de alteração das condições de pagamento ou de garantias, dentre outras, sendo a celebração em caráter privado e livremente contratado entre as partes.

A lei não interfere nos acordos entre os particulares, entretanto, lhes faculta a submissão do plano de renegociação dos créditos para homologação judicial, para que o pacto produza efeito entre as partes.

Duas hipóteses têm previsão legal para a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, ou seja, uma chamada facultativa, que conta com a adesão dos

---

<sup>53</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 449.

<sup>54</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: Lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 315.

<sup>55</sup> SANTOS, Paulo Penalva. Aspectos polêmicos da recuperação extrajudicial. *Revista do Advogado*: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, São Paulo, n. 105, p.159-167, set. 2009.

credores atingidos, e outra dita obrigatória, que subordina todos os credores passíveis de negociação, mesmo os que não aderiram ao pacto, desde que o plano tenha obtido a aprovação de 3/5 dos credores de cada espécie.<sup>56</sup>

### 2.2.1 A modalidade facultativa

O devedor interessado na homologação facultativa, prevista no art. 162<sup>57</sup>, da LRE, deverá instruir o pedido com a devida justificativa, anexando o instrumento de recuperação extrajudicial, que pode ser um plano, um acordo, um termo ou outro instrumento válido, assinado por todos os credores aderentes ao acordo.

Por depender de específica autorização legal, os credores tributários encontram óbices para subscrever o pacto de renegociação de créditos, sendo que os credores trabalhistas e os decorrentes de acidentes do trabalho também estão excluídos de participação, consoante teor do § 1º, do art. 161.

Embora o citado artigo também retire da abrangência da recuperação extrajudicial os créditos de operações financeiras vinculadas a garantias reais (art. 49, § 3º, da LRE)<sup>58</sup> e o adiantamento de contrato de câmbio (art. 86, caput, II, da LRE)<sup>59</sup>, a doutrina entende que é facultado a tais credores a adesão espontânea a plano de recuperação extrajudicial.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 390-391.

<sup>57</sup> **Art. 162.** O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram. BRASIL. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>. Acesso em: 05 out. 2010.

<sup>58</sup> **Art. 49.** Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. [...] § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. Ibidem.

<sup>59</sup> **Art. 86.** Proceder-se-á à restituição em dinheiro: [...] II - da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente. Ibidem.

<sup>60</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: Lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 322.

Publicado o edital de convocação dos credores pelo juiz para apresentação de eventuais impugnações no prazo de 30 dias, tempo no qual o devedor deverá fazer prova de que comunicou todos os credores sujeitos ao plano, por carta, dando-lhes ciência do pedido de homologação e das respectivas condições do plano e do prazo para impugnação.

Em caso de impugnação, caberá ao juiz decidir pela homologação do plano ou pela denegação do pedido.

### 2.2.2 A modalidade obrigatória

A LRE, em observância ao princípio da razoabilidade, em seu art. 163<sup>61</sup>, prevê a homologação do plano de recuperação em casos onde apenas uma reduzida minoria não está disposta a suportar os ônus da repactuação, sendo injusto a inviabilização do soerguimento da empresa apenas por esta circunstância.<sup>62</sup>

Para a obtenção da homologação nesta hipótese, é necessário que o plano de recuperação extrajudicial conte com a adesão de 3/5 de todos os créditos de cada espécie, entendendo-se como tal: a) crédito com garantia real; b) crédito com privilégio especial; c) crédito com privilégio geral; d) crédito quirografário; e) crédito subordinado.

<sup>61</sup> **Art. 163.** O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos. § 1º O plano poderá abranger a totalidade de uma ou mais espécies de créditos previstos no art. 83, incisos II, IV, V, VI e VIII do caput, desta Lei, ou grupo de credores de mesma natureza e sujeito a semelhantes condições de pagamento, e, uma vez homologado, obriga a todos os credores das espécies por ele abrangidas, exclusivamente em relação aos créditos constituídos até a data do pedido de homologação. § 2º Não serão considerados para fins de apuração do percentual previsto no caput deste artigo os créditos não incluídos no plano de recuperação extrajudicial, os quais não poderão ter seu valor ou condições originais de pagamento alteradas. § 3º Para fins exclusivos de apuração do percentual previsto no caput deste artigo: I - o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de assinatura do plano; e II - não serão computados os créditos detidos pelas pessoas relacionadas no art. 43 deste artigo. § 4º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante a aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia. § 5º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação extrajudicial. § 6º Para a homologação do plano de que trata este artigo, além dos documentos previstos no caput do art. 162 desta Lei, o devedor deverá juntar: I - exposição da situação patrimonial do devedor; II - as demonstrações contábeis relativas ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido, na forma do inciso II do caput do art. 51 desta Lei; e III - os documentos que comprovem os poderes dos subscritores para novar ou transigir, relação nominal completa dos credores, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente. BRASIL. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>. Acesso em: 05 out. 2010.

<sup>62</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 391.

A instrução do pedido de homologação obrigatória, de forma coerente, exige documentação mais abrangente que no caso de homologação facultativa, devendo ser apresentado em juízo: a) plano devidamente justificado e assinado pela maioria aderente; b) exposição da situação patrimonial; c) demonstrações contábeis relativas ao último exercício; d) demonstrações contábeis referentes ao período, desde o fim do último exercício e a data do plano, levantadas especialmente para o pedido; e) documento comprobatório da outorga do poder para novar ou transigir para os subscritores do plano em nome dos credores; f) relação nominal de todos os credores, com endereço, classificação e valor atualizado do crédito, além da origem, do vencimento e da remissão ao seu registro contábil.

Nesta modalidade, também são feitas as mesmas considerações quanto aos credores definidos no art. 49, § 3º e no art. 86, caput, II, da LRE.

Para privilegiar o princípio da Celeridade Processual na recuperação extrajudicial, o legislador previu apenas uma única publicação, após a homologação do pedido, para que os credores, querendo, possam apresentar impugnações ao plano.

São admitidas apenas as seguintes questões para efeito de impugnação:

a) O não preenchimento do percentual de 3/5 para o acordo do art. 163; b) a prova de qualquer dos atos de falência previstos no art. 94, inciso III, ou praticados em fraude, nos termos do art. 130 da Lei nº 11.101/2005; ou c) o descumprimento de qualquer exigência prevista no Capítulo VI da Lei nº 11.101/2005.<sup>63</sup>

Importante destacar que as impugnações apresentadas serão autuadas nos próprios autos principais, diferentemente da recuperação judicial que se processa em separado. Não cabe, ainda, a formação de qualquer incidente, pois haverá uma única decisão a ser proferida pelo Juiz, ou seja, a homologação ou rejeição do pedido inicial, sendo possível apenas recurso de apelação ao respectivo Tribunal contra a decisão.

Por fim, registra-se que não é possível a apresentação de objeção na recuperação extrajudicial, instituto previsto apenas para a recuperação judicial.

---

<sup>63</sup> BRASIL. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>. Acesso em: 05 out. 2010.

### 2.2.3 A viabilidade da opção pela recuperação extrajudicial

A reduzida complexidade dos mecanismos da recuperação extrajudicial e a sua consequente celeridade caracterizaram-na como opção preferencial para o tratamento dos casos de dificuldades momentâneas de empresas, possibilitando o encaminhamento de solução pela via da negociação com os credores.

De forma esquematizada, Manoel Justino Bezerra Filho<sup>64</sup>, registra o seguinte roteiro para o processamento da recuperação extrajudicial, segundo a Lei 11.101/2005:

- 1) Art. 161 – Autoriza o devedor a propor recuperação extrajudicial, que pode ou não ser submetida à homologação judicial;
- 2) Art. 161, § 5º - Após o pedido de homologação judicial, os que aderiram só podem desistir com anuência dos demais;
- 3) Art. 162 – Pode requerer homologação judicial apenas para os que aderiram ao plano independentemente do número de aderentes;
- 4) Art. 163 – Pode requerer homologação para obrigar todos, desde que haja aderentes de mais de 3/5 de todos os créditos de cada espécie;
- 5) Art. 164 – Juiz manda publicar editais, com prazo de 30 dias para impugnação pelos credores;
- 6) Art. 164, §§ 3º, 4º e 5º - Juiz indefere a homologação por sentença;
- 7) Art. 164, § 5º - Juiz afasta eventuais impugnações e homologa o plano, se não houver fraude do art. 130 ou outras irregularidades. A sentença homologatória constitui título executivo judicial (art. 161, § 6º);
- 8) Art. 164, § 7º - Da sentença que homologar ou indeferir a homologação, cabe apelação, sem efeito suspensivo.

As indagações e divergências quanto à recuperação judicial não se apresentam em grande número ou com grau de complexidade elevado, sendo que a maioria delas já conta com posições doutrinárias bem resolvidas.

---

<sup>64</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências*: comentada: Lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 331.

Desta forma, sempre será recomendada uma avaliação da possibilidade da adoção dos mecanismos da recuperação extrajudicial antes de se enveredar pela recuperação judicial, de maior complexidade, onerosidade e duração do processo.

### **2.3 A Recuperação Judicial Especial - RJE**

Concebida para responder às demandas peculiares às MPes em dificuldades, a RJE merece análise crítica para que se possa aquilatar a amplitude, a eficácia e as perspectivas da aplicação dos seus mecanismos.

#### *2.3.1 O art. 70 da nova lei falencial e a proteção constitucional às MPes*

A nova lei de recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005) foi recebida com grande expectativa, pois veio substituir a ultrapassada norma falencial anterior e se esperava a instalação de mecanismos específicos e eficazes para o segmento das pequenas empresas em dificuldades, em sintonia com o comando constitucional do tratamento especial e diferenciado para o segmento das MPes.

De fato, a nova lei inseriu o instituto da Recuperação Judicial Especial - RJE, destinado às micro e pequenas empresas, facultando-lhes, igualmente, o uso da Recuperação Judicial comum - RJD que, no geral, tem proporcionado resultados positivos.

O artigo 70, que inaugura a Seção V da Lei de Recuperação de Empresas e Falências - LRE, estabelece o mecanismo da RJE, definindo, em seu § 1º, a apresentação de Plano Especial como condição *sine qua non* para adesão à esta modalidade de recuperação judicial.

Para melhor entendimento do art. 70, é importante a verificação do nexo entre a realidade material das Microempresas – MEs e das Empresas de Pequeno Porte – EPPs, e a estrutura jurídico-conceitual positiva, para visualização daquilo que o ordenamento objetiva reger. Neste sentido, destaca-se a existência de duas linhas exegéticas sistêmicas, conforme posicionamento de Gilberto Giansante, advogado militante e administrador judicial em varas especializadas no estado de São Paulo a saber: “a) A conexão sistêmica da RJE na

LRE com o art. 170, inciso IX, da Constituição Federal (CF), norma constitucional que garante “tratamento favorecido” às EPPs (e por extensão lógica às MEs).”<sup>65</sup>

E, também,

b) O princípio da preservação da empresa é, sem dúvida, lastreado no art. 47 da LRE, caput, e em claro desdobramento do art. 170, caput, da CF. Sua participação na mecânica da RJE, acredita-se, é dar orientação teleológica ao “tratamento favorecido” constitucional. Contudo, vale um pequeno recuo analítico sobre essa questão. *Ab initio*, infere-se que já tem as MPE “tratamento favorecido” na LRE na medida em que é facultado escolher entre duas opções de recuperação.<sup>66</sup>

Neste sentido, o ditame da Carta Magna deveria ser devidamente absorvido pela estrutura conceitual da RJE, para provimento do apoio constitucional às MPEs. Desta forma, o articulista sugere os seguintes mecanismos institucionais:

a) O acesso a um processo de recuperação judicial garantidor de tratamento privilegiado – não somente com relação aos outros entes econômicos sem acesso a esse privilégio, mas em convergência com as suas necessidades e especificidades concretas.

b) Os meios de direito material e de direito processual aptos a viabilizar esforços concretos no sentido de preservar as sociedades comerciais assim diferenciadas, em suas condições específicas, sempre que estas se mostrarem viáveis.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> GIANANTE, Gilberto. Recuperação judicial especial: problemas e perspectivas. *Revista do Advogado*: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, São Paulo, n. 105, p. 66-68, set. 2009.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 66-68.

<sup>67</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências*: comentada: Lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 322.



Neste último aspecto, se faz referência aos ensinamentos de Canotilho, no sentido de que um comando legal garanta “não apenas uma compatibilidade formal, mas também uma verdadeira conformidade material”<sup>68</sup> entre a Recuperação Judicial Especial e a Constituição Federal.

Pode-se considerar que foi inequívoca a opção do legislador em facultar às MPEs a utilização do RJE, afastando tal possibilidade das empresas de maior porte.

Entretanto, três questões se destacam como problemáticas na nova legislação, ou seja:

- a) O enquadramento no art. 70 da LRE;
- b) A limitação da extensão da reestruturação dos créditos somente aos quirografários.
- c) Prazo de parcelamento limitado a 36 meses e os juros de 12% ao ano, mais correção monetária;

### **2.3.1.1 Enquadramento no art. 70 da LRE**

Considera-se necessário o atendimento a dois pressupostos materiais e outro de cunho supostamente formal, ou seja: a) ser empresárias,<sup>69</sup> consoante o art. 1º da LRE; b) estar enquadradas nos conceitos legais de ME e EPP; e c) em uma visão formalista do texto legal, também devem estar registradas como ME ou EPP.

<sup>68</sup> Uma das consequências mais relevantes da natureza das normas constitucionais concebidas como heterodeterminações positivas e negativas das normas hierarquicamente inferiores é a conversão do direito ordinário em direito constitucional concretizado. Como determinantes negativas, as normas de direito constitucional desempenham uma função de limite relativamente às normas de hierarquia inferior; como determinantes positivas, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas constitucionais) e infra-ordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares), mas, também, uma verdadeira conformidade material. CANOTILHO, José Joaquim (1993, p. 139) apud GIAN SANTE, Gilberto. Recuperação judicial especial: problemas e perspectivas. *Revista do Advogado*: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, São Paulo, n. 105, p. 68, set. 2009.

<sup>69</sup> Recuperação Judicial é o instituto jurídico fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos dos credores e impulsionar a economia creditícia [...]. LOBO, Jorge. Arts. 34 à 69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à lei recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Aqui não é relevante a definição quanto à primeira exigência, sendo que o segundo pressuposto foi pacificado pela Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas (Lei Complementar nº. 123/2006), o conhecido Estatuto da Microempresa ou Lei do Supersimples, norma de hierarquia superior.

O que se questiona foi a definição na LC 123/2006 de valores monetários nominais e que podem sofrer corrosão inflacionária ao longo do tempo.

Neste sentido, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 591/2010<sup>70</sup>, com proposição de introdução da correção monetária anual para os valores expressos em moeda na LC 123/2006, a partir de 2012, com base na variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC.

A mesma iniciativa parlamentar, dentre outros proposituras, busca o estabelecimento de novos limites para enquadramento das micro e pequenas empresas no Simples Nacional, ou seja, passaria o limite da receita bruta anual a ser de R\$ 360.000,00/ano para as microempresas e de R\$ 3.600.000,00/ano para as pequenas empresas.

### **2.3.1.2 Créditos sujeitos à RJE**

Neste ponto reside uma das principais controvérsias da nova norma recuperacional específica para as MPEs.

Aparentemente, o legislador visou a simplificação da recuperação judicial, ofertando à recuperanda MPE a possibilidade de um processo simplificado, menos oneroso e de menor burocracia. Todavia, ao permitir a reestruturação apenas das dívidas classificadas como quirografárias, excluindo as trabalhistas e as lastreadas em garantias reais, na prática, acabou por inviabilizar a recuperação para muitas empresas que concentram, em regra, suas pendências mais significativas nestas últimas situações. Também exsurge da análise a impressão de que os bancos, tradicionais credores de empresas em dificuldades ficam, de modo geral, situados em condição mais favorável que outros credores.

<sup>70</sup> CÂMARA FEDERAL. *Projeto de lei complementar nº 591/2010*. Altera a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_lista.asp?sigla=PLP&Numero=&Ano=2010&Autor=&OrgaoOrigem=todos&Comissao=0&Situacao=&dtInicio=&dtFim=&Ass1=&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass3=&Submit=Pesquisar&Relator=>](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?sigla=PLP&Numero=&Ano=2010&Autor=&OrgaoOrigem=todos&Comissao=0&Situacao=&dtInicio=&dtFim=&Ass1=&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass3=&Submit=Pesquisar&Relator=>)>. Acesso em: 16 abr. 2011.

### 2.3.1.3 Prazo de 36 meses e os juros de 12% ao ano mais a correção monetária

A previsão de pagamento em até 36 parcelas, sendo a primeira com vencimento em 180 dias a contar da distribuição do pedido de recuperação, acrescidas de juros de 12% ao ano, mais a correção monetária, é considerada por parte da doutrina<sup>71</sup> como um desafoço ao pequeno empresário em crise, por entender que as condições de financiamentos são, via de regra, mais onerosos.

Na prática, tal “desafoço” se mostra efêmero, vez que a limitação do prazo e os pesados encargos financeiros em nada se coadunam com o aludido preceito constitucional de “tratamento privilegiado” às MPEs, especialmente se considerarmos que tal imputação acontece nos momentos em que as empresas atravessam suas maiores dificuldades.

Neste aspecto, Giansante se filia ao posicionamento de outros doutrinadores quanto à fixação de juros em 0,5% ao mês, como defende também Júlio Kahan Mandel<sup>72</sup>:

Quanto ao procedimento em si, destaque negativo para a fixação de taxa de juro elevada, de 12%, remuneração em média maior do que aplicações em caderneta de poupança. Nas antigas concordatas, a jurisprudência mais moderna vinha decidindo por uma aplicação mais módica de juros, normalmente na faixa de 6% ao ano. Recuperação judicial não é aplicação financeira, e algum sacrifício deve ser imposto também aos credores, além da concessão de prazo.

### 2.3.2 Limitações do plano especial de Recuperação Judicial

Importa destacar que o acolhimento do Plano Especial não promove a suspensão do curso da prescrição e nem de ações e execuções por créditos não abrangidos pelo plano, significando que a pequena empresa em recuperação não contará com o escudo protetor, a exemplo dos empreendimentos de maior porte, podendo ser alvo de pedido de falência, o que contraria frontalmente o princípio da Isonomia e o da Proporcionalidade.

Neste sentido, é nítida a desvantagem ao pequeno empresário que aderiu à RJE, pois não lhe é concedida a manutenção em suas mãos, pelo prazo de 180 dias, de bens vinculados a arrendamento ou alienação fiduciária, como veículos, equipamentos e

<sup>71</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: Lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 170.

<sup>72</sup> MANDEL, Júlio Kahan. *Nova lei de falências e recuperação de empresas anotada: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 144.

maquinário essencial à continuidade da atividade empresarial, benefício que o § 3º, do art. 49, concede aos optantes pela Recuperação Judicial normal.

## 2.4 A convolação em falência

O empresário ou a sociedade empresária em crise financeira (ausência de dinheiro), mas em situação econômica (possibilidade de geração de recursos) favorável são os candidatos naturais ao processo de recuperação judicial. Entretanto, se a crise econômica for de caráter irreversível, não restará outro procedimento senão a decretação da falência.

O sistema falimentar é decomposto em dois processos distintos, ou seja, o pré-falencial e o processo de falência propriamente dito.

Na citada primeira fase, originada por iniciativa de credores, do próprio devedor ou de outros legitimados, serão buscadas as alternativas cabíveis, sendo os mecanismos da recuperação judicial os mais indicados diante de situação de crise que pode ser revertida, caso contrário, não restará alternativa senão a decretação da falência.

Superada a fase instrutória, assegurada a ampla defesa e o contraditório regular, o juiz irá decretar ou denegar a falência. Neste último caso, segundo Sérgio Campinho, “o julgador estará pondo termo ao processo preliminar e iniciando o processo falimentar que se inaugura, assim, com a sentença e não com a petição inicial.”<sup>73</sup>.

Caso tenha sido concedida a recuperação judicial, esta poderá ser convolada em falência, segundo Fábio Ulhoa Coelho<sup>74</sup>, em quatro hipóteses:

a) deliberação dos credores reunido em assembléia, pelo voto da maioria simples do plenário, quando a situação de crise econômica, financeira ou patrimonial da sociedade devedora é de suma gravidade e que não há sentido em qualquer esforço de reorganização; b) não-apresentação do plano pelo devedor no prazo, que não pode ser prorrogado; c) rejeição do plano pela assembléia dos credores; d) descumprimento do plano de recuperação.

Decretada a falência por convolação do plano de recuperação, Ulhoa registra que os credores posteriores à distribuição do pedido serão reclassificados, sendo que

<sup>73</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 277.

<sup>74</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 387.

os quirografários serão tratados na falência como titulares de privilégio geral e os demais, como credores extraconcursais.

Para efeito de síntese, Manoel Justino bem resume o processo de falência:

Com certa liberdade, pode-se dizer que a falência é uma “grande execução”, processo no qual são arrecadados todos os bens do devedor para formar a “massa falida”, de um lado; de outro, faz-se o ordenamento de todos os débitos do falido, encontrando-se o valor devido, para formação do “quadro geral de credores”, que é elaborado classificando-se os créditos para serem pagos na ordem que a lei determina. Na sequência, transforma-se a “massa falida” em dinheiro e rateia-se o resultado aos componentes do “quadro geral de credores”, na ordem legal.<sup>75</sup>

A decretação da falência, de fato, representa o desfecho que as partes envolvidas, principalmente o devedor, não desejavam. Entretanto, há que se considerar que persistir em casos de criticidade extrema só ocasionaria maiores prejuízos para as partes envolvidas, sendo o mais sensato a dissolução do empreendimento.

---

<sup>75</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: Lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 315. p. 176.

### **3 AS ADEQUAÇÕES NA LEGISLAÇÃO FALENCIAL PARA A EFETIVAÇÃO DO CONSTITUCIONAL TRATAMENTO FAVORECIDO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS**

Decorridos 6 (seis) anos da edição da Lei 11.101/2005, verifica-se baixa incidência de utilização da Recuperação Judicial Especial, atribuída, em parte, aos já citados entraves como o enquadramento das candidatas à recuperação no art. 70 das LRE e no art. 3º do Estatuto da Microempresa, dos juros incidentes de 12% ao ano mais correção monetária, da limitação do prazo de parcelamento a 36 meses e a limitação aos créditos quirografários.

De igual forma, os registros dos deferimentos de recuperações judiciais a MPes, somadas a RJE e a Recuperação Judicial comum, são muito acanhados frente ao universo de pequenos empreendimentos em crise.

Segundo dados da Serasa/Experian<sup>76</sup>, considerado o ano-base de 2008, foram recepcionados 172 requerimentos e deferidos 98 pedidos de recuperações judiciais, ao passo que foram decretadas 900 falências de MPes, diante de 1.622 requerimentos recebidos no período.

Tais números, diante das 84.415 MPes encerradas em 2008<sup>77</sup> somente no estado de São Paulo, dão a dimensão do ínfimo percentual das empresas em crise que conseguem apoio para soerguimento por meio da tutela legal.

#### **3.1 A aderência principiológica e as perspectivas da lei falencial**

Ponto da maior relevância a ser observado diz respeito à conexão da RJE e da LRE com o art. 170, inciso IX, da CF, no sentido de que o princípio constitucional do tratamento privilegiado deve ser materializado em meios mais eficientes para a recuperação

<sup>76</sup> SERASA/EXPERIAN. *Indicador Serasa/Experian de falências e recuperações*. São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias\\_concordatas.htm](http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2011.

<sup>77</sup> SEBRAE-SP. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

das MPEs em relação às outras categorias, e de que deve sempre prevalecer o direcionamento para a preservação da empresa.

Neste contexto, Giansante bem define que a RJE se vê diante de ordem legal que a obriga, de forma cumulativa, a:

[...] a) teleologicamente, um processo de recuperação judicial garantidor da recuperação da empresa viável; b) instrumentalmente, um complexo de normas capaz de oferecer meio de direito material e processual aptos a viabilizar esforços concretos no sentido de preservar a empresa.<sup>78</sup>

Considerando que a recuperação e a preservação das MPEs interessam não só aos seus proprietários, mas também aos seus trabalhadores, ao fisco, aos fornecedores e a toda uma extensa cadeia, é de se concluir que a LRE está em desalinho com importantes princípios.

Neste aspecto, o papel dos imperativos intrínsecos para o direcionamento da ordem legal foi bem realçado por Giansante ao remeter a Ronald Dworkin<sup>79</sup>, em seu clássico *Levando os direitos a sério*.

Em face da inobservância de tais princípios e da busca da tutela jurisdicional, os Tribunais vêm firmando jurisprudência que consolida o Princípio da

<sup>78</sup> GIANANTE, Gilberto. Recuperação judicial especial: problemas e perspectivas. *Revista do Advogado*: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, São Paulo, n. 105, p. 72, set. 2009.

<sup>79</sup> Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios da liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, esta dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...]. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se as duas estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada recorrendo a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. DWORKIN (2002, p. 42-43) apud GIANANTE, Gilberto. Recuperação judicial especial: problemas e perspectivas. *Revista do Advogado*: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, São Paulo, n. 105, p. 70, set. 2009.

Preservação da Empresa, como é o caso do julgado da relatoria da Ministra Nancy Andrighi (REsp nº. 959.695, STJ, j. 17/12/2009)<sup>80</sup>

Cabe ressaltar, ainda, ponto controverso na doutrina, no qual a sociedade comercial submetida ao RJE que descumprir o plano de recuperação não estaria sujeita à decretação de falência, uma vez que inexistiria amparo legal para tanto.

Manoel Justino Bezerra Filho<sup>81</sup>, em posição minoritária na doutrina, defende que:

Sintomaticamente, não há previsão de decreto de falência para o caso de a empresa não cumprir os pagamentos previstos no plano, não sendo aplicável aqui, por analogia, o § 1º do art. 61, que trata de situação processual absolutamente diversa. Não há também previsão de decreto de falência no art. 73. Por outro lado, a falência atinge a empresa de forma tão grave, que não pode ser decretada por analogia – só pode ser aplicada se especificamente prevista na lei. Portanto, conclui-se que a lei não pode permitir que seja decretada a falência em caso de descumprimento dos pagamentos previstos neste tipo de recuperação judicial. É mais uma defesa que a lei pretendeu dar à microempresa e à empresa de pequeno porte.

Em contraponto, Fábio Ulhoa Coelho<sup>82</sup> ressalta que nem toda empresa merece ou deve ser recuperada, em razão dos custos dos elevados custos terminam por recair, em última instância, sobre a sociedade como um todo.

Desta forma, indica que “[...] é necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais empresas merecem ser recuperadas. Não se pode erigir a recuperação das

<sup>80</sup> Com isso, o TJ/SP afirma encontrar também, no cerne do próprio Decreto-Lei, o Princípio da Preservação da Empresa que é tão caro à Lei nº. 11.101/2005. É com base neste princípio que a presente falência deixou de ser declarada; note-se, aliás, que muito embora a recorrente sustente que houve retroação de uma específica norma que vedava a quebra por menos de quarenta salários, em nenhum momento o acórdão adota este parâmetro ou mesmo define qualquer outro; apenas afirma que ‘a presunção de falido do art. 1º. do DL nº. 7661/1945 somente surge quando o inadimplemento ocorrer em relação à obrigação de valor razoável’, o que está a indicar, claramente, que a discussão se dá, apenas no âmbito principiológico. [...] Como resultado de todas essas considerações, verifica-se que as razões de recurso especial apenas tangenciam o cerne da controvérsia. Onde a recorrente pretende ver a retroação ilegal de uma norma, há, apenas, a prevalência de um princípio já contido na legislação aplicável e a qual o TJSP passou a dar maior eficácia a partir da decisão do legislador recente em editar toda uma nova Lei tendo como preocupação maior, justamente, a preservação da empresa. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no. 959.695*. Ementa: [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. São Paulo, 17 fev. 2009. DJ de 17.12.2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=857522&sReg=200701332591&sData=20090310&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=857522&sReg=200701332591&sData=20090310&formato=PDF)>. Acesso em: 02 abr. 2011.

<sup>81</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: Lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 172.

<sup>82</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 310- 369.



empresas em um valor absoluto. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo”,<sup>83</sup> ou seja, é essencial a demonstração da viabilidade da recuperação frente aos custos envolvidos e, também, que o empresário beneficiado demonstre ser digno de tal benefício.

Pelo exposto, é mandatário que se avance nas discussões e no encaminhamento de alternativas de ajustes na ordem legal infraconstitucional para que esta reproduza com fidedignidade teleológica o imperativo legal da Carta Magna que, inequivocamente, abriga o princípio da Preservação da Empresa e, de forma especial, estende seu manto protetor sobre as micro e pequenas empresas.

### 3.2 A legislação recuperacional francesa

Considerando que a legislação concursal francesa serviu de subvenção durante a elaboração da Lei 11.101/2005 e que já experimentou processo evolutivo posterior à edição da lei brasileira, vale uma análise mais detalhada sobre os seus mecanismos, que poderão referenciar futuras adequações na legislação nacional, especialmente, para amparar o segmento das micro e pequenas empresas.

O direito recuperacional francês tem sido alvo de freqüentes atualizações nos últimos 20 anos, de forma a compatibilizá-lo com a realidade das práticas mercantis, que têm a mutação como fator inerente à sua natureza. Desta forma, a França conta com uma das mais modernas legislações para prevenção, repressão à dificuldade e definição de responsabilidades.

Em artigo publicado em revista da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, Márcio Souza Guimarães<sup>84</sup> relata que, em 1985, o direito francês passou a reconhecer a prevenção para o tratamento das dificuldades da empresa como meta, materializando o instituto da recuperação judicial (*redressement judiciaire*). Este objetivo

---

<sup>83</sup> SEBRAE-SP. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

<sup>84</sup> GUIMARÃES, Márcio Souza. Apontamentos sobre o direito das empresas em dificuldade (*droit des entreprises en difficulté*) em França. *Revista do Advogado*: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, São Paulo, n. 105, p. 142-152, set. 2009.

experimentou evolução com a Lei nº 845/2005<sup>85</sup>, a qual já sofreu modificações pontuais em 2008<sup>86</sup>. No Brasil, o tema só veio com a Lei nº 11.101/2005<sup>87</sup>.

A vasta experiência francesa de produção acadêmica e jurisprudencial, e a sua moderna legislação, podem balizar caminhos que o ordenamento jurídico brasileiro poderá trilhar, não somente para a recuperação de grandes empresas, mas, principalmente, dos médios e pequenos empresários, base da economia nacional.

Com este intuito, o articulista comenta sobre mecanismos da legislação francesa, especialmente os elencados no Código Comercial<sup>88</sup>, que são listados adiante.

### 3.2.1 Tratamento não judicial de dificuldades das empresas

Em regra, o tratamento não judicial na França conta com a intervenção do judiciário. Voltados essencialmente à prevenção da dificuldade, tem-se:

#### 3.2.1.1 Direito de alerta

É essencial que o germe do problema seja identificado prematuramente, sendo utilizada uma rede de informações que alertam os dirigentes das empresas e os incentivam na busca de soluções, contando com:

- *Grupamentos de prevenção* – as empresas que aderem à sistemática, enviam, com regularidade e sob sigilo, suas informações e registros contábeis para análise constante de um comitê. Tal comitê é formado nos grupamentos de prevenção por pessoas matriculadas no registro

<sup>85</sup> FRANÇA. *LOI n° 2005-845 du 26 juillet 2005. Sauvegarde des entreprises ET liens vers les décrets d'application*. Paris, 2005. Disponível em: <[http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite\\_legislative/decrets\\_application/2005-845.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/decrets_application/2005-845.htm)>. Acesso em: 30 maio 2010.

<sup>86</sup> Idem. Ministère de La Justice. Ordonnance no 2008-1345 du 18 décembre 2008. *Portant réforme Du droit des entreprises en difficulté. Journal officiel de La republique française*. Paris, 2008. Disponível em: <[http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20081219&numTexte=29&pageDebut=19462&pageFin=19478](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20081219&numTexte=29&pageDebut=19462&pageFin=19478)>. Acesso em: 30 maio 2010.

<sup>87</sup> BRASIL. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>. Acesso em: 30 maio 2010.

<sup>88</sup> FRANÇA. *Code de commerce*. Version à venir au 1 janvier 2011. LIVRE VI: Des difficultés des entreprises. Paris, 2010. Disponível em: <[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=DDE3AEFBE93FFE2C968D1D03CBE22AD9.tpdj\\_o16v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006113780&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20110101](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=DDE3AEFBE93FFE2C968D1D03CBE22AD9.tpdj_o16v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006113780&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20110101)>. Acesso em: 30 maio 2010.

do comércio ou nos órgãos de classe e pelas pessoas jurídicas que, de forma voluntária, manifestam o interesse ao representante do Estado na sua região, recebendo incentivo por meio de vantagens fiscais. Os grupamentos assistem os empresários e intermedeiam o relacionamento com estabelecimentos de crédito e de seguro.

- *Comissário de contas* – com função de alertar os dirigentes sobre fatos que possam comprometer a continuidade da empresa, tem forma de atuação bastante vaga e pouca efetividade prática, embora tenha presença obrigatória em empresas de maior porte.
- *Convocação pelo Presidente do Tribunal do Comércio*– conta com a presença exclusiva de juízes leigos, eleitos pelos comerciantes, cujo presidente tem o poder de convocar o responsável por empresa ameaçada. Embora não tenha caráter vinculativo, a convocação, mediante sigilo absoluto, poderá indicar uma simples correção no curso dos negócios, a salvaguarda, a recuperação judicial ou até mesmo a liquidação judicial.

### **3.2.1.2 Mandato *ad hoc***

Trata-se do instituto mais maleável para o tratamento de dificuldade da empresa, pois o seu dirigente, em caráter exclusivo, pode demandar ao Presidente do Tribunal do Comércio a designação de um mandatário *ad hoc*. Na maioria das vezes, a escolha recai em profissional denominado administrador judicial, a quem incumbe a tarefa de buscar soluções para os problemas, sem a determinação de prazo rígido para conclusão para tanto. Tem tido larga utilização na França, com registros de êxito em torno de 60 a 70%.

### **3.2.1.3 Conciliação**

Com maior regramento que o mandato *ad hoc*, também tem o seu pedido como prerrogativa exclusiva do dirigente da empresa em dificuldade, não podendo estar em situação de cessação de pagamento por mais de 45 dias. A escolha do conciliador normalmente recai sobre pessoa indicada pelo devedor, tendo sua missão definida no ato da

nomeação. Nesta modalidade, tem-se o prazo de 4 meses, prorrogável por mais um mês, negociado com os credores com a interveniência do conciliador.

Como vantagens em relação ao mandato *ad hoc*, a conciliação conta com benefícios como a suspensão das execuções, a força executiva da conciliação, o *New Money* (aporte de recursos ou fornecimento de novos bens ou serviços por parte de credores, que garantem privilégio, em relação a outros credores, em caso de futura decretação de medida mais drástica em relação ao devedor), a possibilidade de remissão de dívidas por credores públicos, e o benefício de que os atos praticados na conciliação não são alcançados pelo período suspeito, na eventual decretação de falência.

Aspecto peculiar desta modalidade diz respeito à participação do Ministério Público, único ente apto a apresentar recurso contra a homologação do acordo. O MP e o Tribunal, de ofício, podem requerer a recuperação judicial e a liquidação do devedor.

Também desperta interesse, a previsão de que o não cumprimento do acordo faz com que o devedor retorne ao *status quo*, não acarretando nenhuma consequência específica, como, a decretação da liquidação judicial.

### 3.2.2 *Tratamento judicial de dificuldades das empresas*

O Estado atua decisivamente no tratamento judicial para solução do problema, tanto na órbita da prevenção (salvaguarda e recuperação) e na extinção (liquidação), como detalhado a seguir:

#### 3.2.2.1 **Salvaguarda**

A empresa demonstra que, em razão das dificuldades por que passa, não reúne condições de superá-las sem o auxílio estatal para sua reorganização, com vistas à continuação da atividade econômica, à manutenção do emprego e apuração do passivo.

Sendo o mais brando mecanismo na prevenção das dificuldades, objetiva a confecção de plano de salvaguarda, elaborado pela empresa, eventualmente contando com a participação dos credores.

O primeiro processo de salvaguarda registrado na França foi do Eurotúnel em 2006, detentor de dívida de nove milhões de euros e nenhuma inadimplência naquele momento.

### **3.2.2.2 Recuperação Judicial**

Objetiva a entabulação de plano de recuperação, tal qual na salvaguarda, com a diferença de que será possível a cessão total dos ativos da empresa. Também poderá ocorrer a cessação de pagamentos pelo prazo máximo de 45 dias.

### **3.2.2.3 Liquidação judicial**

Tal opção se dá quando não houver qualquer possibilidade de recuperação judicial da empresa, tendo caráter repressivo.

Diante de tal situação torna-se necessário o encerramento da forma mais célere, pois o devedor poderá contaminar, com as suas dificuldades, outras empresas saudáveis. Assim, o objetivo último é financeiro, ou seja, buscar, se possível, a cessão total ou parcial da empresa, vislumbrando a continuidade da exploração da atividade.

### *3.2.3 Pontos de reflexão para a doutrina brasileira*

O autor do artigo anteriormente citado aponta alguns tópicos que podem servir de referencia para a doutrina brasileira, a saber:

#### **3.2.3.1 Pessoas submetidas ao direito das empresas em dificuldade**

A legislação francesa abarca um extenso rol de pessoas que podem se habilitar à recuperação, desde pessoas jurídicas de direito privado, associações, sindicatos, clubes esportivos, sociedades cooperativas, concessionárias de serviço público, sociedades de economia mista, dentre outras. As sociedades de crédito e as seguradoras, têm regramento específico.

Esta relação vem sendo ampliada constantemente ao longo do tempo, sendo que, em 2005, foram inseridos os profissionais liberais, especialmente, os advogados. Tal situação diverge do conceito legal no Brasil quanto a atividade empresária.

### 3.2.3.2 Legitimidade para a demanda estatal

Sem similar na legislação brasileira, o pedido de mandato *ad hoc*, de conciliação e de salvaguarda, é exclusivo do devedor, tendo registros de efetividade e eficácia preventiva no território francês.

No Brasil, o instituto da recuperação extrajudicial é o que mais se aproxima das modalidades acima listadas, entretanto, deixa a desejar ao excluir os credores financeiros, trabalhistas e fiscais dos seus efeitos.

Com relação aos pedidos de recuperação judicial e de liquidação, onde no Brasil se legitima para pedido apenas o devedor, e o devedor e o credor, respectivamente, na França, estão legitimados o devedor, os credores, o MP e, de ofício, o Tribunal do Comércio.

### 3.2.3.3 Tratamento dos créditos trabalhista e fiscal

A cessão total ou parcial da empresa, na salvaguarda ou na recuperação judicial, não acarretará a sucessão do crédito trabalhista.

O credor trabalhista receberá, imediatamente, o pagamento pelos últimos 60 dias trabalhados (superprivilégio) e as demais verbas devidas serão tratadas como crédito privilegiado. Existe ainda um mecanismo de pagamento ao trabalhador, observados limites que variam de acordo com o tempo do contrato de trabalho e com base na contribuição ao seguro desemprego, pago a título de seguro, sendo que a entidade pagadora se apresentará como sucessora do crédito trabalhista.

No que concerne ao credor fiscal, este está submetido aos processos de conciliação, de salvaguarda, de recuperação judicial e de liquidação.

Após alteração na legislação em fevereiro de 2009<sup>89</sup>, o Tesouro Público passou a contar com maior liberdade para apoio ao soerguimento da empresa, antes limitado ao mesmo patamar concedido pelos credores privados. São analisados os seguintes aspectos:

---

<sup>89</sup> FRANÇA. *LOI n° 2009-179 du 17 février 2009*: Pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés. Paris, 2009. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020276457&dateTexte=&categorieLien=id#>>. Acesso em: 30 maio 2010.

[...] a) a situação financeira da empresa e as perspectivas de um restabelecimento perene; b) os esforços já implementados, como a dilação de prazos para pagamentos; c) o comportamento habitual da empresa em relação ao fisco; d) os esforços financeiros dos sócios e dos dirigentes; e e) os esforços empreendidos pelos credores privados.<sup>90</sup>

A sucessão fiscal, quando adotada a cessão total ou parcial da empresa, nem é cogitada no direito francês, por ser contrária ao sistema de recuperação de empresas. No Brasil prevalece na Lei Falencial a exigência de Certidão Negativa de Débito para homologação judicial do plano de recuperação – alvo de controvérsias – e a ausência de concessão de parcelamento fiscal nas hipóteses de empresas em dificuldades.

### 3.2.3.4 A sorte dos dirigentes

Se a legislação recuperacional francesa demonstra modernos e eficientes mecanismos para apoio à recuperação da empresa em dificuldade, também está bem aparelhada para impor consequências ao devedor faltoso, tanto pela aplicação de sanções patrimoniais quanto pessoais.

Como sanções civis têm-se a falência pessoal (*faillite personnelle*) e a interdição de administrar (*interdiction de gérer*), sendo que esta última pode substituir a primeira e até ser pronunciado de ofício. Já as sanções penais dividem-se em crime de bancarrota e os demais crimes.

Outras sanções também poderão ser aplicadas, a título de extensão do processo, em caso de comprovada confusão patrimonial (*confusion patrimoniale*) ou de ficção da pessoa jurídica (*fictivité de La personne morale*). Nestes casos está prevista a possibilidade de alcance do patrimônio particular do dirigente ou de quaisquer outras pessoas relacionadas ao processo.

Na legislação brasileira, temos o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e outras penalidades para repressão às condutas ilícitas dos dirigentes, contudo, na esfera penal, as sanções ainda são consideradas bastante limitadas.

---

<sup>90</sup> GUIMARÃES, Márcio Souza. Apontamentos sobre o direito das empresas em dificuldade (*droit des entreprises em difficulté*) em França. *Revista do Advogado*: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, São Paulo, n. 105, p. 149, set. 2009.

É de se registrar que a finalidade principal da legislação é prestar o auxílio estatal para recuperação da empresa em dificuldade e de proteção ao dirigente honesto que enfrenta dificuldades eventuais.

Neste diapasão, o legislador francês direcionou esforços para incentivar os dirigentes a adotar medidas que possam solucionar as dificuldades, podendo-se citar as regras de salvaguarda inseridas na *ordonnance*<sup>91</sup> de 2008:

[...] a) revogação do dispositivo que previa a possibilidade da aprovação do plano de salvaguarda, quando necessário, subordinado ao afastamento do dirigente, ao bloqueio ou à cessão forçada de suas quotas ou ações; b) garantia ao dirigente da elaboração, em conjunto com o administrador judicial, da proposta do plano de salvaguarda; c) indicação do administrador judicial pelo dirigente; d) realização do inventário dos bens pelo próprio devedor.

Decorridos seis meses da modificação legislativa, verificou-se incremento de 147% nos pedidos de salvaguarda, indicando a aceitação das medidas adotadas.

### 3.3 Aspectos da legislação recuperacional em outros países

As experiências normativas de outros países, embora vinculadas a culturas e regimes jurídicos distintos, sempre devem ser objeto de observação para o aproveitamento de soluções em adequações no conjunto normativo pátrio.

#### 3.3.1 Estados Unidos

Em razão do sistema político federativo vigente nos Estados Unidos, existem leis estaduais que asseguram aos credores garantias de recebimento de seus créditos, por meio de *injunctions*, que são ordens judiciais dando início a intervenção estatal sobre os bens e direitos das empresas.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> FRANÇA. Ministère de la Justice. Ordonnance no 2008-1345 du 18 décembre 2008. Portant réforme Du droit des entreprises em difficulté. *Journal officiel de La republique française*. Paris, 2008. Disponível em: <[http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20081219&numTexte=29&pageDebut=19462&pageFin=19478](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20081219&numTexte=29&pageDebut=19462&pageFin=19478)>. Acesso em: 30 maio 2010.

<sup>92</sup> SOUTO JÚNIOR, Carlos. Nova lei de recuperação de empresas (Lei nº 11.101/2005): alguns aspectos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1096, jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8587/nova-lei-de-recuperacao-de-empresas-lei-no-11-101-2005>>. Acesso em: 16 abr. 2011.



Nos primórdios, a Lei de Companhias Ferroviárias foram as primeiras destinatárias dos procedimentos para recuperação judicial em 1867, sendo estendidos a outros segmentos em 1898 por meio do *Bankruptcy Act*. Por sua vez, o *Chandler Act*, normatizou o *instituto da corporate reorganization* em 1938, com o objetivo de salvaguardar a sociedade insolvente, com uso da reorganização econômica e administrativa necessária à superação da crise.<sup>93</sup>

Em momento mais recente, o *Bankruptcy Reform Act* promulgado em 1978 dedica todo um capítulo à regulamentação da reorganização empresarial, cujo conceito presume que a empresa, uma vez obtido alívio temporário quanto aos seus débitos e processos de execução, terá capacidade de se reestruturar gradativamente, satisfazer seus credores (ainda que parcialmente), livrar-se da falência e reconquistar a condição empresarial saudável.<sup>94</sup>

Segundo texto de Filício Costa Gonçalves<sup>95</sup>:

A principal característica do instituto norte-americano para a recuperação das empresas é buscar, sobretudo, salvaguardar o interesse público da economia regional ou nacional. Difere, assim, da simples concordata, que visa exclusivamente ao interesse privado do devedor e de seus credores.

A insolvabilidade da companhia, entendida não apenas como déficit patrimonial, é pressuposto da reorganização societária, sendo também parâmetro a inaptidão em adimplir suas dívidas quando do vencimento.

A elaboração e aprovação de um plano de reorganização da companhia é o aspecto mais importante contido nas definições da *corporate reorganization*, sendo que tal plano deverá conter indicações precisas acerca dos recursos com que conta ou contará a sociedade para fazer face ao seu passivo, atual ou futuro, como a venda de parte do seu ativo, a fusão ou incorporação societária e a obtenção de novos financiamentos. Também se realizará análise da capacidade de lucro operacional da companhia, conforme os últimos balanços apresentados e a evolução da conjuntura do mercado.

<sup>93</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falências e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 27.

<sup>94</sup> TZIRULNIK, Luiz. *Direito Falimentar*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 50.

<sup>95</sup> GONÇALVES, Filício Costa. Lei de falências: algum tempo depois de sua publicação: uma análise da recuperação judicial das pequenas e microempresas e sua função social. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1898, 11 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11709/lei-de-falencias-algum-tempo-depois-de-sua-publicacao>>. Acesso em: 16 abr. 2011

Ponto a ser realçado é que, ao contrário da maioria dos sistemas de falência em todo o mundo, a legislação americana permite que uma empresa americana falida ou em *corporate reorganization* continue funcionando com a mesma diretoria executiva, enquanto procura reestruturar suas dívidas, ou seja, nenhum síndico ou depositário é nomeado.

Em artigo versando sobre a recuperação judicial no direito comparado, Marta de Assis Brasil Mendes<sup>96</sup> relaciona os principais dispositivos vigentes nos Estados Unidos:

As disposições legais que visam dar eficácia ao processo de recuperação empresarial

a) *Stay period*: Período de exclusividade para o devedor apresentar plano. O prazo é de 120 dias, após peticionar para o Capítulo 11, para propor um plano de reorganização e mais 60 dias para obter o consentimento dos credores. Terminando esse período de exclusividade de 120 dias, e o devedor não apresentando um plano, os credores poderão fazê-lo. O Juiz poderá conceder, a pedido do devedor, uma extensão no prazo legal ou, a pedido do credor, uma redução;

b) *Automatic stay/moratorium*: Período de suspensão das ações. Efeito do período de exclusividade, tendo por objetivo central o de suspender as ações de execução individuais que possam ameaçar o processo de reorganização da empresa, permitindo que esta continue funcionando normalmente;

c) *Debtor in possession* (dip): Permanência do devedor na administração da empresa. Visa manter a continuidade dos negócios em curso. É supervisionado por um fiscal designado pelo juiz e pelo Comitê de Credores;

d) *Cramdown*. Possibilidade de impor o plano sobre credores dissidentes. Na hipótese de não aceitação pelos credores de plano proposto pelo devedor que atenda aos requisitos da regra da prioridade absoluta, do melhor interesse dos credores e da viabilidade, o juiz homologa o plano a pedido do devedor;

e) O termo *cramdown* significa, em linhas gerais, “enfiar goela abaixo” o plano nos credores dissidentes. Não é termo expresso em lei, mas de uso coloquial na doutrina e entre advogados.

[...] A lei brasileira o prevê, no artigo 58, § 1º da lei n. 11.101/2005. A diferença para o sistema norte-americano, é o de que por esse sistema, o juiz decide por conceitos genéricos de justiça e equidade conferida aos credores no plano com margem de interpretação (subjetiva), enquanto que, pela lei brasileira, a norma não é aberta para interpretações, restrita ao cumprimento dos requisitos legais elencados no artigo 58 da nova lei.[...]

<sup>96</sup> MENDES, Marta de Assis Brasil. *Recuperação judicial no direito comparado*. [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <[http://r2concursos.uol.com.br/\\_site/artigos/artigo\\_default.asp?ID=244](http://r2concursos.uol.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=244)>. Acesso em: 25 abr. 2011.

f) *Pre-packagedbankruptcy*: negociação prévia com credores .O devedor poderá negociar com seus credores previamente ao pedido do Capítulo 11, um plano de reorganização da empresa.

g) *Feasibilitytest*: Teste de viabilidade Avaliação do juiz quanto à probabilidade de a empresa ingressar em uma segunda reestruturação.Embora o caráter subjetivo, o juiz utiliza-se, para a sua avaliação, de parâmetros de comparação com a estrutura de capital de indústrias do mesmo setor: Assim, e.g., um plano de reorganização que deixe a empresa com passivo financeiro elevado em relação a outras empresas do mesmo setor, poderá não ser considerado viável e ser rejeitado judicialmente.

A norma recuperacional norte-americana, expressa no *Chapter11*, deve ser interpretada no contexto da regência do *Common law*, onde as decisões são aplicadas por juízes a casos concretos, com maior discricionariedade e com a orientação pragmática de manter viáveis as empresas em benefício de seus acionistas, em sintonia com a cultura daquele país.

### 3.3.2 Alemanha

A lei alemã de insolvência vigorou por 120 anos (*Konkursordnung* - 1878/1998) e tinha por objetivo principal a liquidação de todos os ativos do devedor e a sua distribuição entre os credores, com privilégio para os detentores de créditos com garantia, fazendo desaparecer a empresa falida.

Em decorrência da unificação da Alemanha, das crises econômicas globais e da importância da empresa no contexto sócio-econômico, reforma iniciada em 1985, culminou com a promulgação da nova lei de insolvência, a *Insolvenzordnung*(InsO), em 1994, derogando a Lei de falências de 1887 e a Lei de Concordatas de 1935.

Inovando ao priorizar a preservação da empresa, a nova lei concursal alemã preservou a influência dos credores sobre o processo e punições rigorosas ao devedor que, por má fé, deixar a empresa falir. No mesmo sentido, se a manutenção da empresa implicar em risco de retorno ao estado de insolvência, o juiz decidirá por sua liquidação.

Os mecanismos da norma concursal alemã para o soerguimento da empresa, de acordo com escrito de Marta de Assis Brasil Mendes<sup>97</sup>, são:

- a) Pedido no período de iminente insolvência: o devedor poderá entrar com o pedido no início do processo de insolvência da empresa quando tiver razões para acreditar que, futuramente, não conseguirá pagar em dia as suas obrigações. Visa garantir a busca de uma proteção legal durante um estágio inicial, aumentando a possibilidade de viabilizar a empresa. Ao entrar com o pedido, evita ações tempestivas de credores o que poderá levar à redução do volume de ativos a tal ponto que impossibilite o soerguimento da companhia insolvente. Acolhido o pedido, o juiz adota as medidas necessárias para a salvaguarda do patrimônio do requerente, como a suspensão de eventuais processos de execução já em curso.
- b) Determinação legal para que credores com garantia de alienação fiduciária (*Sicherungsübereignung*), reserva de domínio (*verlängerter Eigentumsvorbehalt*) ou penhor de bens móveis (*Pfandrecht*), renunciem a 9% do preço de venda dos bens, em favor da massa. O administrador vende os ativos móveis da empresa e restitui o saldo aos credores, retendo 9% do valor a título de compensação. Os credores desse tipo de garantia poderão continuar a tentar recuperar seus créditos, mas fora do juízo universal de falências.
- c) Pela lei revogada, uma das condições para o pedido de concordata, era a demonstração da capacidade de pagamento da empresa para solver custas processuais e dívidas da empresa falida. A nova lei exige apenas a capacidade de a empresa pagar gastos decorrentes do processo, condição essa absolutamente necessária para a instauração do procedimento de insolvência. Essa distinção foi introduzida no diploma ora vigente justamente porque, sob a lei anterior, cerca de 75% dos pedidos para concordatas eram rejeitados por insuficiência de ativos para cobrir o montante de dívidas.
- d) Participação dos trabalhadores sobre o processo decisório do plano de reestruturação.
- e) Para os devedores de boa fé, a lei oferece a possibilidade de pagamento do saldo residual de suas dívidas não cumpridas durante o prazo previsto no plano em até 7 anos após o encerramento do processo de insolvência.

A Alemanha, como ícone do Direito romano-germânico, tem servido de referência para as legislações dos países que adotam tal sistema, a exemplo do Brasil.

<sup>97</sup> MENDES, Marta de Assis Brasil. *Recuperação judicial no direito comparado*. [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <[http://r2concursos.uol.com.br/\\_site/artigos/artigo\\_default.asp?ID=244](http://r2concursos.uol.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=244)>. Acesso em: 25 abr. 2011.

### 3.3.3 Portugal

Em Portugal, o Direito Falimentar foi integralmente reformado pelo Decreto-Lei nº 53, de 18/03/2004, o qual aprovou o Código de Insolvência e de Recuperação Judicial de Empresas. Entretanto, em razão de algumas imperfeições e omissões observadas na nova lei, se fez necessária introduzir-lhe algumas alterações, por meio do Decreto-lei nº 200 de 18 de agosto de 2004.<sup>98</sup>

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) regula a insolvência e a recuperação das empresas com recurso aos tribunais, com o objetivo de viabilizar a recuperação da empresa em dificuldade ou promover o seu encerramento, sendo que a declaração de falência sucederá avaliação completa da situação econômica da devedora, com conclusão da sua inviabilidade.

Para melhor êxito, precisão e celeridade do processo de falência, a lei introduziu a especialização dos tribunais e a simplificação de várias fases processuais. A supressão da dicotomia recuperação/falência, adotando-se a insolvência como pressuposto objetivo único do processo, exemplifica a reformulação do processo.

Papel preponderante no processo cabe aos credores, que passam a ter a prerrogativa de decidir pela liquidação integral do patrimônio do devedor, nos termos do regime disposto no Código ou nos que constem de um plano de insolvência (Plano de Recuperação Judicial de Empresas –PRJ) que venham a aprovar. Também poderão optar pela manutenção da atividade e reestruturação da empresa, na titularidade do devedor ou de terceiros, segundo definição de um plano de recuperação.

O papel do juiz frente ao plano de insolvência se resume ao controle da legalidade e à respectiva homologação do conteúdo livremente definido pelos credores.

O Supremo Tribunal de Justiça português entende que, embora o administrador da insolvência, ao iniciar a liquidação, deva priorizar a alienação do todo, a não aprovação de um plano de insolvência implique necessariamente na extinção da empresa, assim como a sua aprovação não define a manutenção do empreendimento.

---

<sup>98</sup> GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. *Recuperação judicial de empresas e falência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 115.

Segundo o sítio Insolvência<sup>99</sup>, além do citado Plano de Recuperação Judicial – PRJ, também é possível a utilização de outros mecanismos legais para tratar a reestruturação, a recuperação e a insolvência, a saber:

- a) Procedimento Extrajudicial de Conciliação – PEC;
- b) Gabinete de Intervenção Integrada para a Reestruturação Empresarial – AGIIRE;
- c) Sistema de Incentivos à Revitalização e Modernização Empresarial - SIRME;
- d) Acordos de Regularização de Dívida com o Fisco e Segurança Social – ARD;
- e) Despedimentos Lícitos derivados de dificuldades financeiras – DI;
- f) Fundo de Garantia Salarial – seguros sobre ordenados (FGS).

Nítida a percepção de que a legislação falencial lusitana adota procedimentos e mecanismos que buscam recuperar e preservar os empreendimentos em desequilíbrio económico-financeiro, ao tempo que adota ritos para a liquidação das empresas inviáveis em espaço de tempo reduzido.

### **3.4 O regime de insolvência no direito mercantil internacional**

No atual cenário, pode-se considerar como exponencial a perspectiva de crescimento dos negócios entre empresas de diferentes países, inclusive, com a participação dos empreendimentos de menor porte, dados os facilitadores disponibilizados pelos recursos tecnológicos que ignoram distâncias e fronteiras.

Se, por um lado, são promissoras as expectativas, por outro, imprescindível o aperfeiçoamento do arcabouço legal de cada país para a necessária segurança jurídica dos

---

<sup>99</sup> INSOLVÊNCIA. *Meios legais de reestruturação, recuperação e insolvência de empresas*. Portugal, 2011. Disponível em: <<http://www.insolvencia.pt/artigos/4525-meios-legais-de-reestruturacao-recuperacao-e-insolvencia-de-empresas.html>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

contratantes, notadamente, para dirimir questões conflituosas originadas por situações de insolvência empresarial.

A Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*) produziu um extenso e analítico documento de 400 páginas, intitulado Guia Legislativo sobre o Regime de Insolvência<sup>100</sup>, para promover e incentivar a adoção, pelos países-membros, de regimes jurídicos eficazes para o tratamento de casos de insolvência de empresas com repercussão em territórios estrangeiros.

A preocupação é pertinente em face do contínuo crescimento da globalização econômica e, por decorrência, do aumento de questões conflituosas oriundas das relações comerciais entre os países, que se tornam mais agudas quando da situação de insolvência de produtores/fornecedores que passam a ter dificuldades para honrar seus compromissos.

Representantes dos 36 países-membros e de outros Estados, de organizações intergovernamentais e não-governamentais<sup>101</sup> se debruçaram sobre a missão de buscar a construção de um sólido regime em matéria de insolvência e das relações jurídicas entre devedores e credores, inclusive quanto à possibilidade da reorganização extrajudicial das empresas insolventes, originando um roteiro legislativo com critérios flexíveis para o alcance do objetivo maior do trabalho.

As indicações para o trabalho seguem na direção de soluções já adotadas por vários países, inclusive mecanismos e soluções adotadas pela Lei 11.101/2005, como a participação direta dos credores na avaliação do plano de recuperação judicial, do espírito de preservação das empresas, da possibilidade de recuperação na esfera extrajudicial, do tratamento dos bens vinculados a garantias reais, da gestão do empreendimento, da falência, das relações comerciais entre os países e da participação dos entes públicos relacionados ao processo.

---

<sup>100</sup> UNITED NATIONS/UNCITRAL. *Legislative Guide on Insolvency Law*. New York, 2005. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2011.

<sup>101</sup> GONÇALVES, Filício Costa. Lei de falências: algum tempo depois de sua publicação: uma análise da recuperação judicial das pequenas e microempresas e sua função social. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1898, 11 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11709/lei-de-falencias-algum-tempo-depois-de-sua-publicacao>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

Sem tratar especificamente do segmento das micro e pequenas empresas, o trabalho da UNCITRAL, se recepcionado pelos países em suas respectivas legislações representará avanço significativo para os empreendedores, independente do porte dos seus empreendimentos.

Ao final, é apresentada sugestão de Lei Modelo, com sugestões e recomendações para a redação de normas aplicáveis ao assunto.

### **3.5 O Congresso Nacional e as propostas legislativas para as micro e pequenas empresas**

A casa das leis sempre abriga inúmeras iniciativas parlamentares e do próprio Poder Executivo, na busca de adequações na legislação inerente às micro e pequenas empresas.

Com maior ou menor amplitude e complexidade, tais projetos costumam ter uma longa tramitação e, não raro, são destinados ao arquivamento, até mesmo em função da não reeleição do parlamentar autor da proposta, conforme regimento interno da Câmara Federal ou do Senado. De se lembrar que a Lei 11.101/2005 tramitou por 11 anos.

No presente momento, dois projetos de lei ganham destaque por sua relevância para o setor dos pequenos empreendimentos, ou seja, o Projeto de Lei Complementar 591/2010, que propõe alterações significativas nos principais marcos legais do segmento das MPEs (LC 123/2006, Lei 11.101/2005 e LC 63/1990) e o Projeto de Lei 865/2011, de iniciativa da Chefia do Executivo, com a proposta de criação da Secretaria da Micro e Pequena Empresa, estrutura com status de Ministério.

As duas propostas estão tramitando sob o regime de prioridade, com evolução rápida na sua tramitação, vez que são do interesse de um enorme contingente da população e têm o patrocínio bancada governista, detentora de ampla maioria no Congresso Nacional.



### 3.5.1 *O Projeto de Lei Complementar – PLP-591/2010 – altera a LC 63/1990, a LC 123/2006 e a Lei 11.101/2005*

De autoria de 6 parlamentares da base governista e mais 5 da oposição, o projeto<sup>102</sup> lista como explicação da ementa:

Altera procedimentos relativos a microempresas e empresas de pequeno porte tais como: abertura, registro, funcionamento, exclusão de ofício, recuperação judicial especial, valores da receita bruta, recolhimento de tributos e contribuições, negatização de empresas e sócios; prevê a participação em sociedades de propósito específico, a equiparação do produtor rural pessoa física à empresa de pequeno porte e cria a figura do trabalhador rural avulso. E tramita em regime de urgência.

O PLP-591/2010 propõe alterações em três das principais leis que regulam as atividades das MPEs, a saber:

#### 3.5.1.1 **Alterações propostas para a Lei Complementar nº 63/1990**

Primeiramente, o projeto propõe modificações na LC 63/1990, para facilitar o recolhimento de ICMS pelas MPEs, criando critérios específicos de consideração da receita bruta para as empresas participantes do Simples Nacional.

#### 3.5.1.2 **Alterações propostas para a Lei Complementar nº 123/2006 – Estatuto das MPEs**

São propostas as seguintes alterações:

- a) Introduz a correção monetária anual dos valores expressos em moeda na Lei, com base no INPC;
- b) Altera a composição do Comitê Gestor do Simples Nacional e cria novos Comitês Gestores, com significativa ampliação da representação dos setores interessados;

<sup>102</sup> CÂMARA FEDERAL. *Projeto de lei 591/2010*. Altera a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_lista.asp?sigla=PLP&Numero=&Ano=2010&Autor=&OrgaoOrigem=todos&Comissao=0&Situação=&dtInicio=&dtFim=&Ass1=&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass3=&Submit=Pesquisar&Relator=>](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?sigla=PLP&Numero=&Ano=2010&Autor=&OrgaoOrigem=todos&Comissao=0&Situação=&dtInicio=&dtFim=&Ass1=&co1=+AND+&Ass2=&co2=+AND+&Ass3=&Submit=Pesquisar&Relator=>)>. Acesso em: 16 abr. 2011.

- c) Estabelece novos limites para enquadramento das micro e pequenas empresas no Simples Nacional: o limite de enquadramento das microempresas passa a ser de R\$ 360.000,00/ano e das pequenas empresas de R\$ 3.600.000,00/ano.
- d) Modificações nas regras para Registro do Empreendedor Individual, com simplificação das exigências nos âmbitos federal, estadual e municipal;
- e) Modificações nas regras relativas ao ICMS no escopo do Simples Nacional;
- f) Comunicação eletrônica no âmbito do Simples Nacional;
- g) Alterações nas vedações ao ingresso no Simples Nacional, com ampliação das atividades abrangidas, e diminuição das restrições por débitos com o INSS e Fazendas Públicas a tributos abrangidos pelo Simples Nacional;
- h) Enquadramento de mais atividades de prestação de serviços no Simples Nacional;
- i) Facilitação das regras do microempreendedor individual que possua um único empregado;
- j) Cria o parcelamento especial automático dos débitos tributários devidos no âmbito do Simples Nacional;
- k) Abatimento de gastos com aquisição de Emissor de Cupom Fiscal – ECF;
- l) Correção de valores para enquadramento de empreendedor individual: o projeto corrige para R\$ 48.000,00 esse valor.
- m) Notificação de exclusão do Simples Nacional por meio eletrônico;

- n) Restringe a celebração de convênio entre as Secretarias de Fazenda ou Finanças dos Estados;
- o) Restringe a aplicação às empresas optantes pelo Simples Nacional de todas as presunções de omissão de receitas;
- p) Redução de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias;
- q) Mudanças no processo administrativo fiscal;
- r) Remove restrições relativas ao processo licitatório nas aquisições do setor público;
- s) Redução do depósito prévio para a interposição de recursos perante a Justiça do Trabalho;
- t) Condições de acesso aos depósitos especiais do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT;
- u) Estabelece requisitos mais rigorosos para o exercício da função de Agente de desenvolvimento.

O projeto estabelece, ainda, que a penhora online, a inscrição em cadastros de restrição ao crédito bem como protestos por dívidas públicas de microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais e seus sócios e titulares somente poderão ser realizados após o trânsito em julgado dos processos por execução e cobrança, bem como sua inscrição no CADIN só poderá ser feita após a ciência da pessoa a ser inscrita.

Com relação ao produtor rural, o projeto, dentre outras medidas, enquadra os produtores rurais optantes pelo Simples Nacional em nova tabela e passa a prever a figura do trabalhador avulso rural.

### **3.5.1.3 Alterações propostas para a Lei nº 11.101/2005**

Foram propostas as seguintes alterações:

- a) Limita a remuneração do administrador judicial no caso de micro e pequenas empresas a 2% do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência;
- b) Prevê parcelas não superiores a 0,3% do faturamento bruto mensal das ME e EPP nos parcelamentos tributários;
- c) Recuperação judicial especial das ME e EPP passa a abranger créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, créditos com garantia real, créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados e previsão de parcelamento em até 36 parcelas mensais, iguais e sucessivas, sem juros e correção monetária.
- d) Estabelece prioridade para os créditos de ME e EPP na fila de credores, atrás apenas dos créditos trabalhistas.

#### **3.5.1.4 Considerações sobre as proposições do PLP-591/2010**

A célere tramitação verificada até o momento e os pareceres favoráveis das 3 Comissões ( Finança e Tributação; Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio; Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural) e que já se manifestaram favoravelmente sobre o PLP, faz antever que o projeto tem possibilidades concretas, mesmo após tramitação no Senado e sujeição a veto presidencial, de emplacar relevantes alterações de interesse das MPEs no ordenamento legal.

#### **3.5.2 O Projeto de Lei – PL-865/2011 – criação da Secretaria da Micro e Pequena Empresa**

Promessa de campanha da atual Presidente da República, a criação da Secretaria da Micro e Pequena Empresa, com status de Ministério, recebe previsível e calorosa acolhida no Congresso, passando a tramitar sob o regime de prioridade.

O projeto de lei<sup>103</sup> enviado ao Congresso, elaborado pelos Ministérios do Planejamento e do de Desenvolvimento, Indústria e Comércio, e da Chefia da Casa Civil (EM Interministerial no 2 - CCivil-PR /MP/MDIC- de 31/03/2011) registra que se entende necessária a criação do órgão, em decorrência da reconhecida importância do segmento das pequenas empresas para a economia nacional, especialmente para a criação de empregos.

O mesmo documento relata que o principal objetivo da iniciativa é a criação, no âmbito da Presidência da República, da Secretaria da Micro e Pequena Empresa, com competências relacionadas à formulação de políticas e diretrizes de apoio à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao segmento do artesanato. Incumbirá à nova Secretaria tratar de temas como o cooperativismo e associativismo urbanos, a promoção do desenvolvimento de arranjos produtivos locais, programas de qualificação e extensão empresarial, e iniciativas para o aumento da participação das microempresas nas exportações brasileiras e sua internacionalização.

Ainda que em fase inicial de tramitação, são consideráveis as probabilidades de aprovação do projeto em espaço de tempo razoavelmente curto, de forma que o segmento das MPEs passe a ter o seu merecido espaço no Governo Federal.

---

<sup>103</sup> CÂMARA FEDERAL. *Projeto de lei 865/2011*. Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria da Micro e Pequena Empresa, cria cargo de Ministro de Estado e cargos em comissão, e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=496725](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=496725)>. Acesso em: 15 abr. 2011.

## CONCLUSÃO

O entendimento pacífico de que a atividade empresarial requer proteção legal para a superação de momentos de dificuldade, na prática, encontra consideráveis obstáculos no arcabouço legal vigente, especialmente, no que concerne ao segmento das empresas de menor porte.

O comando constitucional para o tratamento favorecido às micro e pequenas empresas esbarra nos inúmeros outros interesses envolvidos quando do enfrentamento de crise empresarial, pois, todos os titulares de créditos também estão legalmente amparados.

Os privilégios concedidos aos créditos trabalhistas, fiscais e com garantias reais deixam pouca margem de manobra para o empreendedor em situação de crise buscar a repactuação dos seus compromissos em moldes que viabilizem a recuperação da empresa.

Passados seis anos da edição da Lei concursal fica evidenciado que, inobstante a melhoria no cenário econômico nacional no período, a redução na taxa de mortalidade das pequenas empresas em início de atividades e o melhor conhecimento da nova legislação recuperacional, ainda é pouco expressivo o quantitativo de MPEs que conseguem se valer, efetivamente, do conjunto normativo que pretende ampará-las nos momentos de dificuldades.

Os dados do SEBRAE/SP, apontando que 58% dos pequenos empreendimentos iniciantes ainda não alcançam o quinto ano de existência (ano-base 2008), ficam mais ressaltados diante da estimativa de que o custo social do encerramento de 81 mil MPEs no estado de São Paulo, em 2006, alcançou a exorbitante cifra de R\$ 15,7 bilhões, considerando-se a perda dos investimentos pessoais, a extinção das ocupações, a frustração do faturamento e dos respectivos recolhimentos de impostos.

Neste contexto, se impõe a adoção de medidas para a superação da complexidade e dos elevados custos inerentes ao processo da recuperação judicial normal que afastam as MPEs, e para a adequação dos mecanismos da recuperação extrajudicial que não favorecem a negociação dos devedores de pequeno porte frente aos credores, dentre eles os bancários e o Fisco.

Em igual sentido, as exigências para o Plano de Recuperação Especial e as limitações do seu alcance apenas aos créditos quirografários, a não suspensão do curso da prescrição e das ações e execuções relativas aos créditos não abarcados pelo plano, os prazos e os custos financeiros do parcelamento, merecem revisão, situação identificada neste trabalho que convalida posição majoritária da doutrina e da jurisprudência atuais.

Para a compatibilização das demandas das MPEs em situação de desequilíbrio com os interesses dos diversos credores, observada a prevalência da necessária segurança jurídica para todas as partes, se vislumbra a adoção de medidas para a otimização do sistema recuperacional como um todo, devendo o Estado, sobretudo no seu papel de Juiz, de Ministério Público e de Fisco, atuar de forma mais eficaz, tempestiva e flexível.

A implementação de juizados especializados em recuperação de MPEs, com estrutura técnica de apoio compatível, é identificada como instrumento que poderá dar considerável impulso e efetividade ao processo recuperacional, inclusive, para a homologação das negociações extrajudiciais e para a eventual condução mais célere da falência nos casos em que se esgotarem as alternativas para soerguimento da devedora.

Noutro giro, legislações concursais em outros países, como é o caso da França, revelam dispositivos que demonstram eficácia e podem, eventualmente, servir de parâmetro para o aprimoramento do marco legal brasileiro, a exemplo de mecanismos não judiciais preventivos, como o Direito de Alerta, o Mandato *ad hoc* e a Conciliação, sendo que esta última opção conta com benefícios como a suspensão das execuções, força executiva, expectativa de aporte de novos recursos ou insumos por parte dos credores e a possibilidade da remissão de dívidas por credores públicos, figurando o Ministério Público como único ente apto a apresentar recurso contra a homologação do acordo.

Pela via judicial, também a norma francesa se diferencia pela maior abrangência quanto às pessoas que podem se habilitar à recuperação, pela maior flexibilidade no tratamento dos créditos fiscais e trabalhistas e, também, pela extensão da imposição de consequências patrimoniais e pessoais ao devedor faltoso.

A tramitação no Congresso Nacional, em regime prioritário, do Projeto de Lei nº 865/2011, que cria a Secretaria da Micro e Pequena Empresa, estrutura ministerial

dedicada exclusivamente ao segmento, é o reconhecimento do Executivo de que a estatura e a relevância do setor requerem tal tratamento.

Na mesma direção, o Projeto de Lei Complementar nº 591/2010, destinado às MPes, tramita em regime de urgência, com amplo apoio de parlamentares governistas e da oposição, fazendo crer que são consideráveis as possibilidades de aprovação, pelo menos em parte, das inúmeras modificações propostas para facilitação dos requisitos de tributação, da participação em concorrências públicas e do acesso a linhas de crédito de fomento oficial.

De igual ou maior importância, tal projeto legislativo propõe, ainda, significativas alterações na Lei 11.101/2005, como a limitação a 0,3% do faturamento bruto mensal das MPes para parcelamentos tributários, e mudanças na sistemática da Recuperação Judicial Especial, de forma a abranger também créditos derivados da legislação trabalhista, créditos com garantia real e a não incidência de juros e correção monetária nos parcelamentos de até 36 meses.

Os objetivos declarados para a propositura dos citados projetos se alinham com os elementos identificados neste trabalho como necessários para prover melhores condições ao ambiente dos pequenos negócios.

Ao final, prevalece o entendimento de que muito ainda há por fazer, no âmbito da legislação concursal, para a que devida tutela legal para as micro e pequenas empresas corresponda integralmente ao princípio protetivo gravado na Carta Magna.



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: Lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945*. Lei de Falências. Brasília, 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del7661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm)>. Acesso em: 05 out. 2010.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nos 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm)>. Acesso em: 05 out. 2010.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>. Acesso em: 05 out. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no. 959.695. Ementa: [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrigli. São Paulo, 17 fev. 2009. DJ de 17.12.2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=857522&sReg=200701332591&sData=20090310&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=857522&sReg=200701332591&sData=20090310&formato=PDF)>. Acesso em: 02 abr. 2011.

CÂMARA FEDERAL. *Mensagem n. 85*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/854920.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei 865/2011*. Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria da Micro e Pequena Empresa, cria cargo de Ministro de Estado e cargos em comissão, e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=496725](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=496725)>. Acesso em: 15 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. *Projeto de lei complementar 591/2010*. Altera a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=484191](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=484191)>. Acesso em: 16 abr. 2011

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. *Falência e recuperação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falências e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FRANÇA. *Code de commerce*. Version à venir au 1 janvier 2011. LIVRE VI: Des difficultés des entreprises. Paris, 2010. Disponível em:

<[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=DDE3AEFBE93FFE2C968D1D03CBE22AD9.tpdjo16v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006113780&cidTexte=LEGITEXT00005634379&dateTexte=20110101](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=DDE3AEFBE93FFE2C968D1D03CBE22AD9.tpdjo16v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006113780&cidTexte=LEGITEXT00005634379&dateTexte=20110101)>. Acesso em: 30 maio 2010.

\_\_\_\_\_. *LOI n° 2005-845 du 26 juillet 2005. Sauvegarde des entreprises et liens vers les décrets d'application*. Paris, 2005. Disponível em:

<[http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite\\_legislative/decrets\\_application/2005-845.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/decrets_application/2005-845.htm)>. Acesso em: 30 maio 2010.

\_\_\_\_\_. *LOI n° 2009-179 du 17 février 2009: Pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*. Paris, 2009. Disponível em:

<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020276457&dateTexte=&categorieLien=id#>>. Acesso em: 30 maio 2010.

\_\_\_\_\_. Ministère de la Justice. Ordonnance no 2008-1345 du 18 décembre 2008. Portant réforme Du droit des entreprises en difficulté. *Journal officiel de La republique française*. Paris, 2008. Disponível em: <[http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/JO\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20081219&numTexte=29&pageDebut=19462&pageFin=19478](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/JO_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20081219&numTexte=29&pageDebut=19462&pageFin=19478)>. Acesso em: 30 maio 2010.

GIANSANTE, Gilberto. Recuperação judicial especial: problemas e perspectivas. *Revista do Advogado*: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, São Paulo, n. 105, p. 68, set. 2009.

GONÇALVES, Filício Costa. Lei de falências: algum tempo depois de sua publicação: uma análise da recuperação judicial das pequenas e microempresas e sua função social. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1898, 11 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11709/lei-de-falencias-algum-tempo-depois-de-sua-publicacao>>. Acesso em: 16 abr. 2011

GUERRA, Luiz Antonio. *Lei de falências e recuperação de empresas*: a recuperação é a solução para a empresa em crise: inovações, avanços e retrocessos na nova lei: abordagem crítica. STJ – BDJur. Brasília. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/9983>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

GUIMARÃES, Márcio Souza. Apontamentos sobre o direito das empresas em dificuldade (droit des entreprises en difficulté) em França. *Revista do Advogado*: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, São Paulo, n. 105, p. 142-152, set. 2009.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. *Recuperação judicial de empresas e falência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo 2010*: população do Brasil é de 190.732.694 pessoas. [S.l.], 2010. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1766](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1766)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

\_\_\_\_\_. *Contas regionais do Brasil*: 2044-2008. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasregionais/2008/publicacao2008.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

INSOLVÊNCIA. *Meios legais de reestruturação, recuperação e insolvência de empresas*. Portugal, 2011. Disponível em: <<http://www.insolvencia.pt/artigos/4525-meios-legais-de-reestruturacao-recuperacao-e-insolvencia-de-empresas.html>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

LOBO, Jorge. Arts. 34 à 69. In: TOLEDO, Paulo F. C, Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Joana Paula et al. *Empreendedorismo no Brasil*: 2009. Curitiba: IBQP, 2010.

MANDEL, Júlio Kahan. *Nova lei de falências e recuperação de empresas anotada: Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Marta de Assis Brasil. *Recuperação judicial no direito comparado*. [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <[http://r2concursos.uol.com.br/\\_site/artigos/artigo\\_default.asp?ID=244](http://r2concursos.uol.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=244)>. Acesso em: 25 abr. 2011.

SANTOS, Paulo Penalva. Aspectos polêmicos da recuperação extrajudicial. *Revista do Advogado*: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, São Paulo, n. 105, p. 159-167, set. 2009.

SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Org.). *Anuário do trabalho na micro e pequena empresa*: 2009. 3. ed. Brasília: SEBRAE; DIEESE, 2010. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/customizado/estudos-e-pesquisas>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

SEBRAE. *MPEData*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.mpedata.com.br/Paginas/mpeinternet.aspx>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

SEBRAE-SP. *10 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2008. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/livro\\_10\\_anos\\_mortalidade.pdf](http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/livro_10_anos_mortalidade.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2010.

\_\_\_\_\_. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

SENADO FEDERAL. *Parecer nº, de 2004*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/86307.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2011.

SERASA EXPERIAN. *Falências, recuperações judiciais e concordatas: total de ocorrências*. São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias\\_concordatas.htm](http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

\_\_\_\_\_. *Indicador Serasa/Experian de falências e recuperações*. São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias\\_concordatas.htm](http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2011.

SOUTO JÚNIOR, Carlos. Nova lei de recuperação de empresas (*Lei nº 11.101/2005*): alguns aspectos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1096, jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8587/nova-lei-de-recuperacao-de-empresas-lei-no-11-101-2005>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. Recuperação judicial, a principal inovação da lei de recuperação de empresas- LRE. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXV, n. 83, p. 102, set. 2005.

TZIRULNIK, Luiz. *Direito Falimentar*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

UNITED NATIONS/UNCITRAL. *Legislative Guide on Insolvency Law*. New York, 2005. Disponível em: <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2011.

## ANEXO A - QUADRO 1 – CONSTITUIÇÃO DE EMPRESAS NO ESTADO DE SÃO PAULO E ESTIMATIVA DE EMPRESAS ENCERRADAS



### Constituição de empresas no estado de São Paulo e estimativa de empresas encerradas

Ano	Constituições JUCESP	Estimativa de empresas encerradas (*)
1990	152.407	79.854
1991	152.192	92.994
1992	115.908	97.066
1993	139.211	90.659
1994	142.220	96.746
1995	146.359	98.395
1996	129.378	100.069
1997	142.537	94.702
1998	123.284	99.176
1999	122.322	93.206
2000	122.009	91.094
2001	131.135	75.136
2002	123.136	77.931
2003	135.194	69.241
2004	128.357	72.783
2005	130.298	79.886
2006	133.779	81.324
2007	159.874	76.276
2008	173.633	84.415
Total 1990-2008	2.603.233	1.650.953
Média anual	137.012	86.892

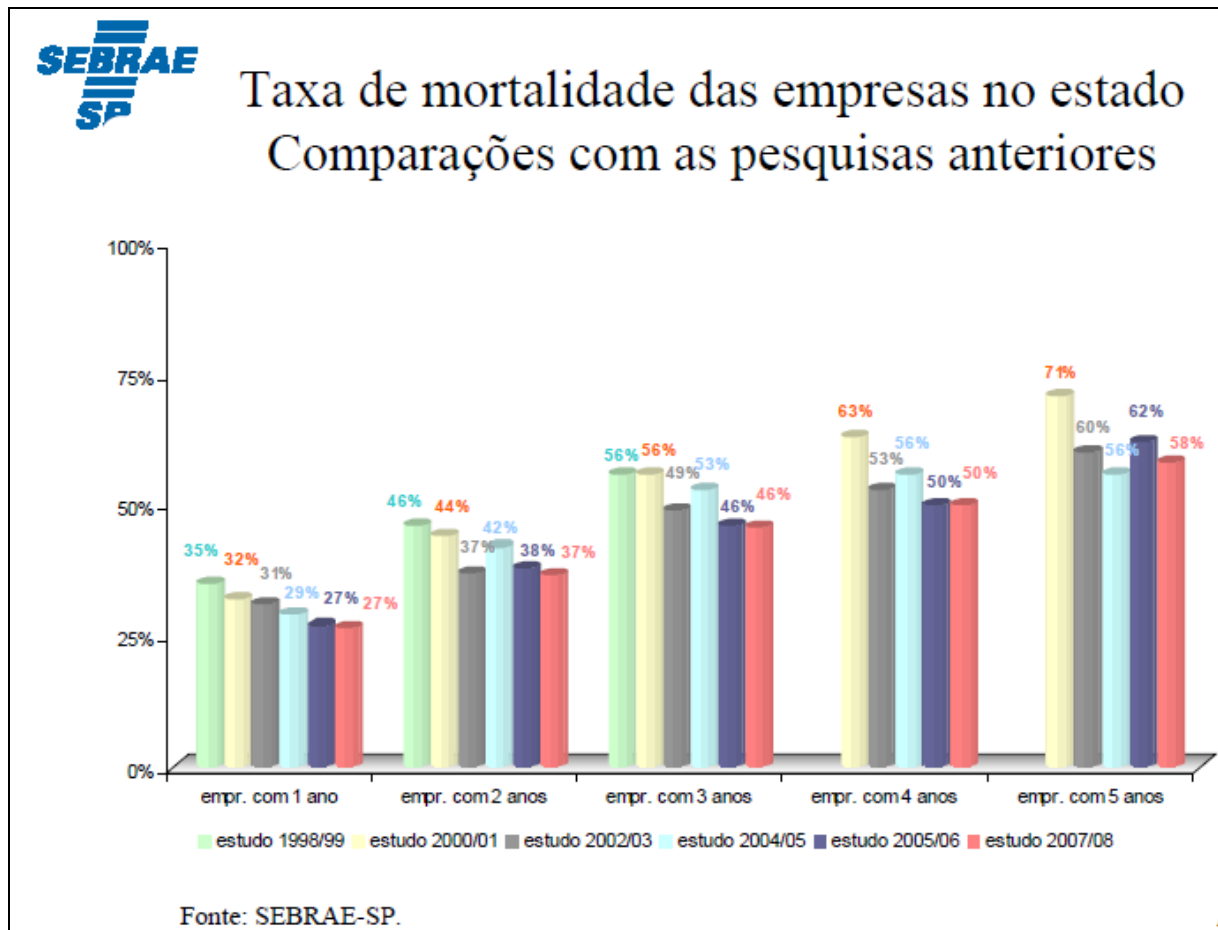
Fonte: Elaborado pelo SEBRAE-SP, a partir de dados do DNRC/ JUCESP e pesquisa de campo.

(\*) Estimativa de empresas encerradas até o 5º ano de atividade.

Fonte: SEBRAE/SP<sup>104</sup>

<sup>104</sup> SEBRAE-SP. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

## ANEXO B - QUADRO 2 – COMPARATIVO DE TAXAS DE MORTALIDADE: ESTUDOS BIENAIS



Fonte: SEBRAE/SP<sup>105</sup>

<sup>105</sup> SEBRAE-SP. *12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

## ANEXO C - QUADRO 3 – PRINCIPAIS CAUSAS DA MORTALIDADE DAS EMPRESAS PAULISTAS (RESUMO)

 Principais causas da mortalidade das empresas paulistas (RESUMO)		
ITENS	Evolução recente	PRINCIPAIS RECOMENDAÇÕES
1- Comportamento empreendedor	Positiva	Características empreendedoras (conhecimentos, habilidades e atitudes) precisam ser aprimoradas.
2- Planejamento prévio	Positiva	Planejamento antes da abertura pode ser melhorado (ainda é deficiente para muitos empreendedores).
3- Gestão empresarial	Não melhorou	As deficiências na gestão do negócio, após a abertura, continuam presentes e precisam ser solucionadas (ex.: aperfeiçoamento de produtos, fluxo de caixa, propaganda e divulgação, gestão de custos e busca de apoio/auxílio).
4- Políticas de apoio	Positiva	Políticas de apoio podem ser aperfeiçoadas (peso dos impostos, burocracia, crédito para a produção e política de compras governamentais).
5- Conjuntura econômica	Positiva	Crescimento da economia, estabilidade de preços e recuperação da renda precisam ser mantidos.
6- Problemas “pessoais”	Não melhorou	Problemas de saúde, particulares, com sócios, de sucessão e criminalidade continuam prejudicando os negócios.

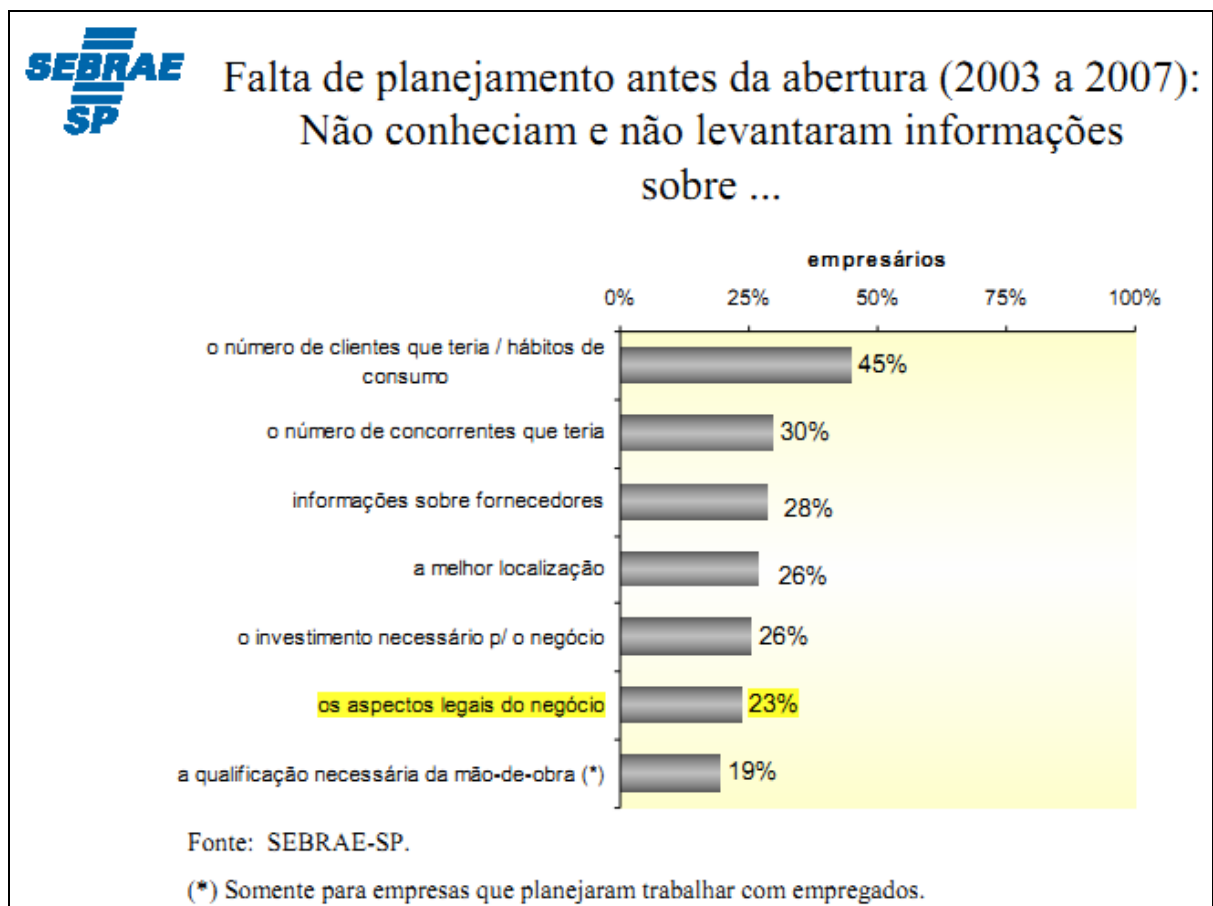
Fonte: SEBRAE-SP.

Fonte: SEBRAE/SP<sup>106</sup>

<sup>106</sup> SEBRAE-SP. 12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.



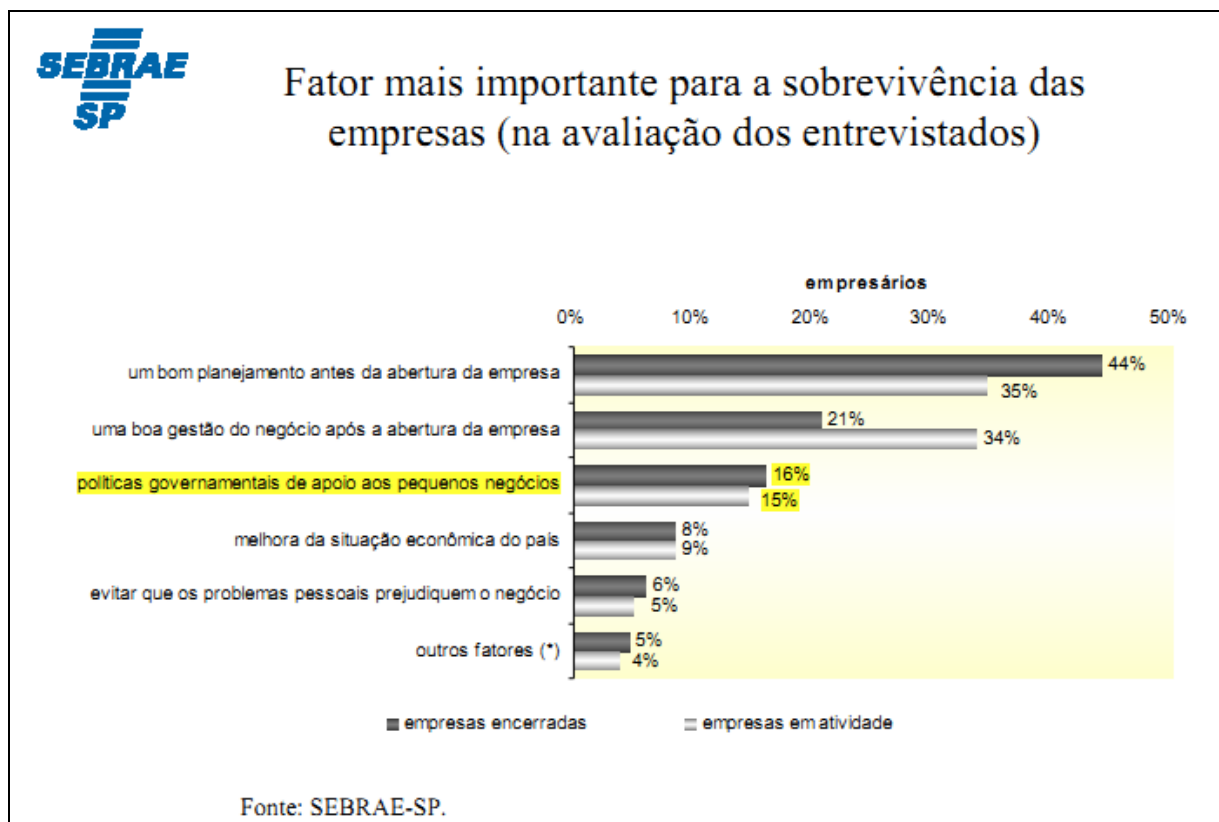
## ANEXO D - QUADRO 4 – FALTA DE PLANEJAMENTO ANTES DA ABERTURA (2003 A 2007): ELEMENTOS DESCONSIDERADOS



Fonte: SEBRAE/SP<sup>107</sup>

<sup>107</sup> SEBRAE-SP. 12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

## ANEXO E - QUADRO 5 – FATOR MAIS IMPORTANTE PARA A SOBREVIVÊNCIA DAS EMPRESAS (NA AVALIAÇÃO DOS ENTREVISTADOS)



Fonte: SEBRAE/SP<sup>108</sup>

<sup>108</sup> SEBRAE-SP. 12 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas. São Paulo: SEBRAE-SP, 2010. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade\\_12\\_anos/mortalidade\\_12\\_anos.pdf](http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MortalidadeDasEmpresas/Documents/mortalidade_12_anos/mortalidade_12_anos.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2011.

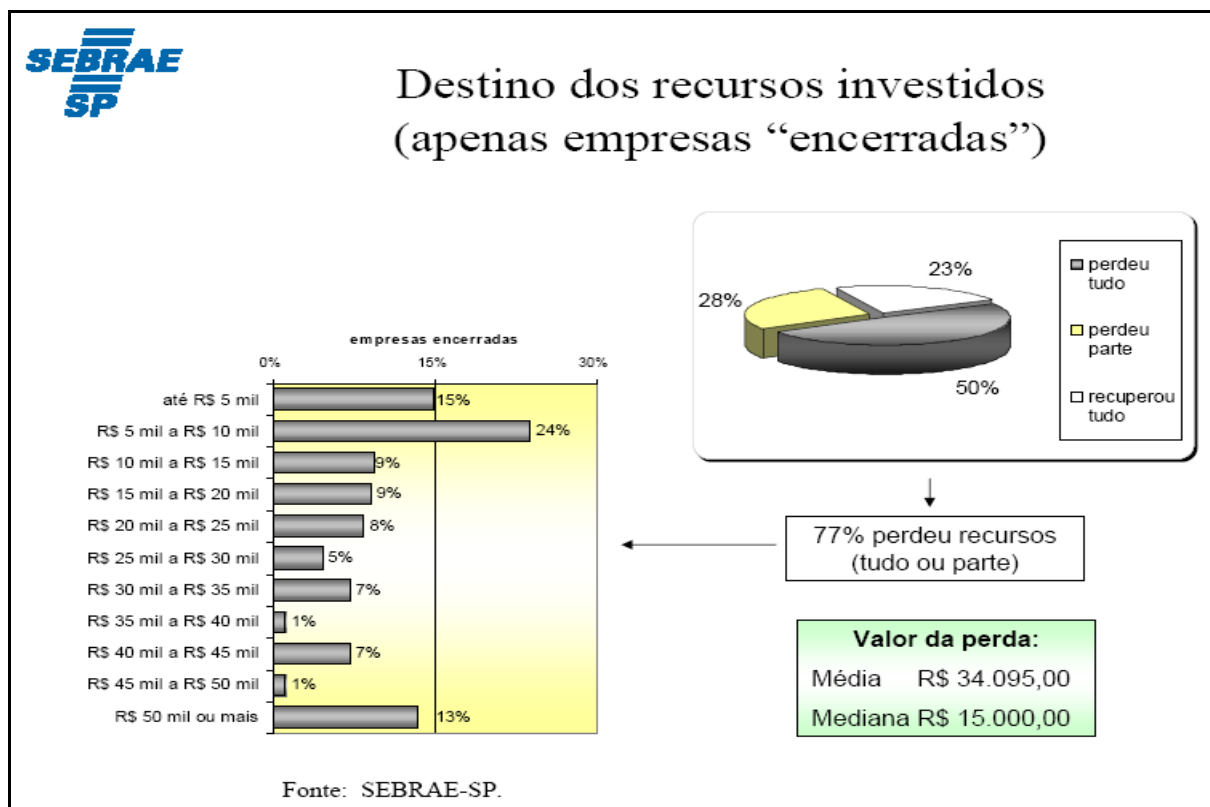
## ANEXO F - QUADRO 6 – MOTIVOS ALEGADOS PELAS EMPRESAS ENCERRADAS PARA O FECHAMENTO DO NEGÓCIO



Fonte: SEBRAE/SP<sup>109</sup>

<sup>109</sup> SEBRAE-SP. *10 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2008. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/livro\\_10\\_anos\\_mortalidade.pdf](http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/livro_10_anos_mortalidade.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2010.

## ANEXO G - QUADRO 7 – DESTINO DOS RECURSOS INVESTIDOS (APENAS EMPRESAS “ENCERRADAS”)



Fonte: SEBRAE/SP<sup>110</sup>

<sup>110</sup> SEBRAE-SP. *10 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2008. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/livro\\_10\\_anos\\_mortalidade.pdf](http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/livro_10_anos_mortalidade.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2010.

## ANEXO H -QUADRO 8 – ESTIMATIVA DO CUSTO SOCIAL DO FECHAMENTO DAS EMPRESAS PAULISTAS



### Estimativa do custo social do fechamento das empresas PAULISTAS

Eliminação de		Custo em 2004	Custo em 2006
(A)	Empresas	73 mil empresas	81 mil empresas
(B)	Ocupações	281 mil ocupações	267 mil ocupações
(C)	Poupança Pessoal (capital investido)	R\$ 1,7 bilhão	R\$ 2,2 bilhões
(D)	Faturamento	R\$ 12,1 bilhões	R\$ 13,5 bilhões
(C)+(D)	Perda Financeira Total	R\$ 13,8 bilhões	R\$ 15,7 bilhões


Fonte: SEBRAE-SP.

Nota: Os coeficientes técnicos utilizados para o cálculo do custo social foram obtidos a partir da pesquisa de campo: ocupações por empresa encerrada (2004= 3,85153; 2006=3,27569; empresas encerradas com perda parcial ou total dos recursos investidos (2004=79%; 2006=77%); valor da perda média ou capital investido (2004= R\$ 28.351; 2006=R\$ 34.095); e faturamento médio mensal por empresa (2004=R\$ 13.803; 2006=R\$ 14.814). Todos os valores monetários utilizados são valores nominais, dadas as dificuldades de atualização dos mesmos (excesso de variáveis monetárias com bases diferentes no tempo).

Fonte: SEBRAE/SP<sup>111</sup>

<sup>111</sup> SEBRAE-SP. *10 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2008. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/livro\\_10\\_anos\\_mortalidade.pdf](http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/livro_10_anos_mortalidade.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2010.

## ANEXO I - QUADRO 9 – AÇÕES NECESSÁRIAS PARA A REDUÇÃO DA MORTALIDADE DE EMPRESAS

	<p><b>Ações necessárias para a redução da mortalidade de empresas</b></p>
1.	<p><b>Estimular o comportamento empreendedor nos cidadãos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Disciplinas específicas de empreendedorismo nas escolas</li> </ul>
2.	<p><b>Estimular o planejamento do negócio antes da abertura</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Elaboração dos Planos de Negócio</li> </ul>
3.	<p><b>Maior capacitação em gestão empresarial, para quem já abriu seu negócio</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Relacionamento com clientes; estratégia de comunicação; o monitoramento sistemático do fluxo de receitas e despesas; a administração adequada do saldo de caixa; o controle detalhado dos custos; adequada precificação; maior busca por apoio profissional.</li> </ul>
4.	<p><b>Ampliar os instrumentos e as políticas de apoio aos pequenos negócios, em especial aqueles direcionados aos de menor porte e mais recentes</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- “ABRI MINHA EMPRESA! E AGORA?”</li> <li>- Novas ações que reduzam o peso dos impostos e dos encargos, a burocracia, que aumentem o acesso ao crédito e a ampliação de mercados</li> <li>- Aperfeiçoamento/implementação da Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas</li> <li>- Outras reformas necessárias à melhora geral da economia (p. ex. tributária, trabalhista, previdenciária, melhoria da qualidade nos gastos públicos e ampliação dos investimentos públicos, em especial, nas áreas de educação e saúde)</li> </ul>
5.	<p><b>Crescimento contínuo e moderado da economia (com estabilidade de preços); e</b></p>
6.	<p><b>Evitar que os problemas pessoais dos sócios afetem o negócio.</b></p>

Fonte: SEBRAE/SP<sup>112</sup>

<sup>112</sup> SEBRAE-SP. *10 anos de monitoramento da sobrevivência e mortalidade de empresas*. São Paulo: SEBRAE-SP, 2008. Disponível em: <[http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/livro\\_10\\_anos\\_mortalidade.pdf](http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/livro_10_anos_mortalidade.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2010.

## ANEXO J - QUADRO 10 – FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS- TOTAL DE OCORRÊNCIAS

Falências								
Ano	Requeridas				Decretadas			
	Micro e Pequena Empresa	Média Empresa	Grande Empresa	Total	Micro e Pequena Empresa	Média Empresa	Grande Empresa	Total
2005	8.260	838	450	9.548	2.810	54	12	2.876
2006	3.372	546	274	4.192	1.882	69	26	1.977
2007	2.070	461	190	2.721	1.413	55	11	1.479
2008	1.622	427	194	2.243	900	52	17	969
2009	1.512	546	313	2.371	831	58	19	908
2010	1.233	435	271	1.939	653	64	15	732
<b>Total</b>	<b>18.069</b>	<b>3.253</b>	<b>1.692</b>	<b>23.014</b>	<b>8.489</b>	<b>352</b>	<b>100</b>	<b>8.941</b>

Recuperações Judiciais									
Ano	Requeridas				Deferidas				Concedidas
	Micro e Pequena Empresa	Média Empresa	Grande Empresa	Total	Micro e Pequena Empresa	Média Empresa	Grande Empresa	Total	Total
2005	71	24	15	110	27	15	11	53	1
2006	160	68	24	252	85	50	21	156	5
2007	164	71	34	269	108	62	25	195	13
2008	172	87	53	312	98	74	50	222	32
2009	365	197	108	670	237	162	93	492	105
2010	297	106	72	475	185	107	69	361	215
<b>Total</b>	<b>1.229</b>	<b>553</b>	<b>306</b>	<b>2.088</b>	<b>740</b>	<b>470</b>	<b>269</b>	<b>1.479</b>	<b>371</b>

Fonte: Serasa/Experian<sup>113</sup>

<sup>113</sup> SERASA/EXPERIAN. *Indicador Serasa Experian de falências e recuperações*. São Paulo, 2011. Disponível em: <[http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias\\_concordatas.htm](http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2011.